

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA: UM INSTRUMENTO DE DEFESA DA  
CIDADANIA - DA NECESSIDADE DE (RE)PENSAR SUA TEORIA  
GERAL**

**PAULO DE TARSO BRANDÃO**

**FLORIANÓPOLIS, FEVEREIRO DE 1996**

# **AÇÃO CIVIL PÚBLICA: UM INSTRUMENTO DE DEFESA DA CIDADANIA - DA NECESSIDADE DE (RE)PENSAR SUA TEORIA GERAL**

**PAULO DE TARSO BRANDÃO**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin

Co-orientador: Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold

Florianópolis, fevereiro de 1996

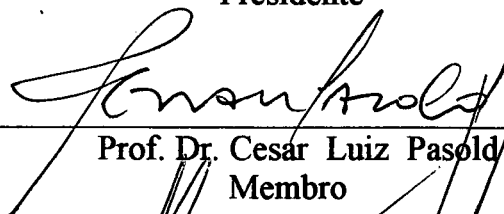
A dissertação “AÇÃO CIVIL PÚBLICA: UM INSTRUMENTO DE DEFESA DA CIDADANIA - DA NECESSIDADE DE (RE)PENSAR SUA TEORIA GERAL”, elaborada por PAULO DE TARSO BRANDÃO e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Direito.

Florianópolis,

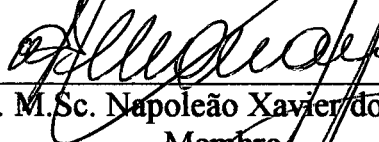
Banca Examinadora:



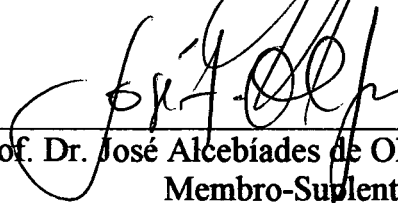
Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin  
Presidente



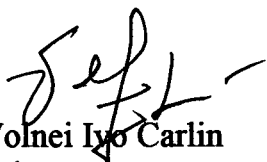
Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold  
Membro



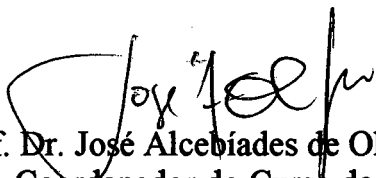
Prof. M.Sc. Napoleão Xavier do Amarante  
Membro



Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Júnior  
Membro-Suplente



Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin  
Orientador



Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Júnior  
Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito

## **AGRADECIMENTOS:**

À Heloísa, porque sem ela certamente nem mesmo o curso teria sido realidade. Aos meus pais, pela amizade e dedicação, pelo estímulo e pela crença.

Ao Doutor Volnei Ivo Carlin, meu orientador, que nunca foi um “fiscal” mas um companheiro de jornada; guia seguro e tranqüilo; amigo fraterno.

Ao Professor Doutor Cesar Luiz Pasold que, além de incentivador, discutiu criticamente o trabalho e ampliou consideravelmente o horizonte da pesquisa.

Ao Desembargador Napoleão Xavier do Amarante, pelo incentivo e pela disposição de participar da Banca.

À Professora Doutora Vera Regina Pereira de Andrade e às colegas Alice Bianchini e Silvana Casagrande, por terem sido interlocutoras importantes durante todo o desenvolvimento do trabalho.

À Valéria, pela revisão.

Às funcionárias do CPGD/UFSC, não só pelo atendimento mas pela simpatia emprestada durante todo o tempo de convívio.

Ao Doutor João Carlos Kurtz, pela compreensão e pelo apoio que foram determinantes para que este momento pudesse acontecer.

A todos os amigos que, embora não citados, foram importantes durante todo o trajeto percorrido.

Dedico a:

Doutor Gregorio Antonio Bonilla, “hermano de credo e ciencia” - como ele mesmo disse um dia -, para que sirva de agradecimento a quem me ensinou a *pensar* o Direito.

Heloísa, Paulo de Tarso e Ricardo Augusto, por serem o princípio e a razão final de todo o esforço.

## **RESUMO**

A presente dissertação constitui-se num estudo sobre os problemas referentes à aplicação prática da Ação Civil Pública.

O pressuposto lógico da pesquisa reside na convicção de que o direito de ação decorrente da Ação Civil Pública não se confunde com o direito de ação identificado no interior do Processo Civil. Por isto, as dificuldades encontradas na utilização daquele instrumento advêm da inobservância desta circunstância.

Este trabalho está estruturado em quatro capítulos: o primeiro trata da evolução, teórica e constitucional, do Estado e da Sociedade Civil, demonstrando que o relacionamento entre ambos vai se estreitando durante a evolução histórica até os dias atuais; o segundo descreve as diversas correntes doutrinárias que procuram explicar o direito de ação no âmbito do Processo Civil e o entendimento vigente sobre o tema na doutrina dominante entre os processualistas brasileiros; o terceiro capítulo preocupa-se em demonstrar que o instrumental teórico desenvolvido no Processo Civil é

inadequado para operar no interior da Ação Civil Pública, uma vez que aquele instrumento é vocacionado para a resolução de conflitos intersubjetivos, enquanto esta é destinada a uma conflituosidade coletiva; por fim, o quarto capítulo demonstra, de forma prática e com exemplos hauridos da experiência forense, que a impropriedade de explicar e ver a ação pela ótica do Processo Civil gera uma concepção desvirtuada dos demais conceitos processuais e, conseqüentemente, impede uma melhor aplicabilidade da ação de natureza coletiva, objeto desta pesquisa.

## **RESUMEN**

La presente disertación constituye un estudio sobre los problemas referentes a la aplicación práctica de la Acción Civil Pública.

El presupuesto lógico de la investigación reside en la convicción de que el derecho de acción resultante de la Acción Civil Pública no se confunde con el derecho de acción identificado dentro del Proceso Civil. Por esa razón las dificultades encontradas en la utilización de ese instrumento sobrevienen de la inobservancia de esta circunstancia.

Este trabajo está estructurado en cuatro capítulos: el primero versa sobre la evolución, teórica y constitucional, del Estado y de la Sociedad Civil, demostrando que la relación entre ambos se va estrechando a través de la evolución histórica hasta nuestros días; el segundo describe las diversas corrientes doctrinarias que procuran explicar el derecho de acción en el ámbito del Proceso Civil y la posición vigente sobre el tema en la doctrina dominante entre los procesalistas brasileños; el tercer capítulo se dedica a demostrar que el instrumental teórico desarrollado en el Proceso Civil es inadecuado para operar dentro de la Acción Civil Pública, una vez que ese instrumento está volcado a la resolución de conflictos interpersonales, mientras ésta se



dirige a conflictos colectivos; finalmente, el cuarto capítulo demuestra, de manera práctica y con ejemplos extraídos de la experiencia forense, que la impropiedad de explicar y ver la acción a través de la óptica del Proceso Civil genera una concepción desvirtuada de los demás conceptos procesales y, consecuentemente, impide una mejor aplicabilidad de la acción de naturaleza colectiva.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I - A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO CATEGORIA DA TEORIA POLÍTICA.....	4
1. Considerações iniciais.....	4
2. O Estado.....	5
2.1. Maquiavel.....	6
2.2. Jean Bodin.....	7
2.3. Thomas Hobbes.....	8
2.4. John Locke.....	9
2.5. Montesquieu.....	10
2.6. Rousseau.....	11
2.7. Hegel.....	13
2.8. Marx e Engels.....	14
2.9. Gramsci.....	16
2.10. Poulantzas.....	17
2.11. Hermann Heller.....	18
2.12. Jacques Maritain.....	19
2.13. Cesar Pasold.....	19
2.14. Norberto Bobbio.....	20

3. Sociedade Civil.....	21
4. Estado e Sociedade Civil.....	23
5. Estado e Sociedade Civil na Constituição brasileira.....	26
6. Em síntese: A Ação Civil Pública como instrumento da política.....	32

## CAPÍTULO II - O DIREITO DE AÇÃO NA TEORIA GERAL DO PROCESSO CIVIL..... 37

1. Considerações iniciais.....	37
2. Da Ação.....	38
3. Principais Teorias.....	38
3.1. Teoria Civilista.....	38
3.2. Polêmica entre Windscheid e Muther sobre a natureza da ação.....	40
3.3. Teoria do Direito Concreto da Ação.....	43
3.4. Teoria da Ação como Direito Potestativo .....	44
3.5. Teoria do Direito Abstrato de Agir.....	47
3.6. Teoria Eclética.....	50
3.7. Retorno à Teoria do Direito Abstrato de Agir.....	54
4. Do direito de ação no Processo Civil, conforme entendimento da doutrina dominante no Brasil.....	60
4.1. Conceito e natureza jurídica da Ação.....	60
4.2. Elementos da ação .....	61
a. Partes .....	61
b. Pedido.....	62
c. Causa de pedir.....	63
4.3. Condições da ação .....	63
a. Possibilidade jurídica do pedido.....	64
b. Legitimidade.....	64
c. Interesse de agir.....	65
d. Ausência das condições da Ação.....	66
5. Em síntese.....	66

<b>CAPÍTULO III - DO DIREITO DE AÇÃO NO ÂMBITO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....</b>	<b>67</b>
1. Considerações iniciais.....	67
2. Do Direito de ação e sua relação com a teoria do Estado.....	69
3. Dos interesses tutelados pela ação civil pública.....	78
3.1. Interesses difusos.....	79
3.2. Interesses coletivos.....	81
3.3. Interesses individuais homogêneos.....	82
3.4. Considerações sobre essa nova gama de direitos.....	85
3.5. Direito ou interesses?.....	86
4. Da inaplicabilidade dos conceitos tradicionais que informam a teoria geral do processo no âmbito da ação civil pública.....	87
<b>CAPÍTULO IV - LEGITIMIDADE E OBJETO DA AÇÃO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....</b>	<b>94</b>
1. Considerações iniciais.....	94
2. Legitimidade.....	95
3. Objeto da ação: indisponibilidade.....	110
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>118</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>121</b>
<b>ANEXO.....</b>	<b>133</b>
<b>Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.....</b>	<b>134</b>

## INTRODUÇÃO

A profunda modificação ocorrida no interior da Sociedade e do Estado contemporâneos trouxe, como consequência, uma transformação nas características dos conflitos ocorrentes no interior de ambos. Se as contraposições de interesses tinham, no Estado moderno, um perfil preponderantemente individualista, agora eles passaram a ser coletivos, em sentido amplo. Também, como efeito desta mudança, alterou-se a noção e as formas de exercício da cidadania que, igualmente, assumem uma feição coletiva.

Esta realidade exigiu, então, o advento de novos institutos adequados à resolução dos conflitos emergentes e ao exercício da cidadania. Dentre os instrumentos dirigidos a esta finalidade encontra-se a Ação Civil Pública.

Ocorre, no entanto, que, mesmo após dez anos de existência e aplicação desta ferramenta processual, verifica-se que sua utilização não está de acordo com a sua potencialidade.

Investigar a razão desta dissonância entre a natureza do instituto e sua aplicabilidade prática é a proposta do presente trabalho.

Como é sabido, o direito de ação tem sua origem no monopólio da tutela jurídica por parte do Estado. Assim, as noções de Estado e de ação encontram estreita correlação. Por isso, é preciso saber na matriz de que Estado nasce e se desenvolve o conceito de ação, para verificar-se se a concepção dominante entre os operadores do direito corresponde à realidade da nova ordem de conflitos e ao objetivo de sua resolução. Procurar-se-á, a partir destas premissas, responder a questão: o instrumental teórico sobre a ação e os institutos processuais que dela decorrem, forjados no interior do Processo Civil, são adequados para operar no âmbito da Ação Civil Pública?

No intuito de satisfazer a indagação, que ora se impõe, seccionou-se este trabalho em quatro capítulos: O primeiro remontando à evolução, teórica e constitucional, do Estado e da Sociedade Civil, demonstra o estreitamento da relação entre ambos, na evolução da história; o seguinte descreve as diversas correntes doutrinárias que procuram explicar o direito de ação no âmbito do Processo Civil e o entendimento vigente sobre o tema na doutrina dominante entre os processualistas brasileiros; Em um terceiro momento a preocupação cinge-se em demonstrar que o instrumental teórico desenvolvido no Processo Civil é inadequado para operar no interior da Ação Civil Pública, já que aquele instrumento é voltado à resolução de conflitos intersubjetivos, contrariamente a esta, destinada à conflituosidade coletiva; Por fim, o quarto e último capítulo demonstra, de forma prática e com exemplos hauridos da experiência forense, que a impropriedade de explicar e ver a ação pela ótica do Processo Civil gera uma concepção desvirtuada dos demais conceitos

processuais e, conseqüentemente, impede uma aplicabilidade adequada da ação de natureza coletiva.

Os três primeiros tópicos têm um desenvolvimento eminentemente teórico. O quarto, no entanto, traz um conteúdo prático.

São categorias básicas utilizadas para o estudo e compreensão do tema: Teoria Política, Política, Cidadania, Estado, Estado Moderno, Estado Contemporâneo, Sociedade Civil, Ação, Ação Civil Pública, Processo Civil, Partes, Pedido, Condições da Ação, Legitimidade, Objeto da Ação, Direitos, Interesses, Interesses Difusos, Interesses Coletivos, Interesses Individuais Homogêneos, Desistência e Transação.

Os conceitos operacionais destas categorias encontram-se no próprio texto ou, em algumas vezes, em notas de rodapé, não necessariamente na ordem disposta acima.

O método utilizado é preponderantemente indutivo, eventualmente dedutivo, com o uso da técnica de pesquisa bibliográfica. Insere-se, o trabalho, na área de concentração “Instituições Político-Jurídicas” e se desenvolve na linha de pesquisa “Relações entre o Direito e a Política”.

A presente dissertação, ao descrever os problemas gerados na aplicação da Ação Civil Pública sob a perspectiva do Processo Civil, tem como única pretensão contribuir para o debate e, por via reflexa, para uma melhor aplicabilidade daquele importante instrumento.

A aprovação do trabalho não importa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e do CPGD/UFSC à ideologia e à conceituação que o fundamentam, sendo todas as opiniões de inteira responsabilidade do mestrando.

## **CAPÍTULO I**

### **A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO CATEGORIA DA TEORIA POLÍTICA<sup>1</sup>**

#### **1. Considerações iniciais.**

Como bem observa Antônio Carlos Wolkmer, “As relações entre Estado e Direito têm-se constituído numa das mais relevantes questões teóricas no bojo da Ciência Jurídica positiva”.<sup>2</sup> O mesmo autor afirma que “a percepção do poder está delimitada aos marcos de uma ordenação real harmonizadora de condutas.”, e conclui, com apoio no pensamento de Campos Batalha, que “O poder estatal reflete a efetividade de uma ordem jurídica positiva, pois a ordem política é um poder jurídico organizado. Dentro destes parâmetros, o poder político ‘é a eficácia de uma ordem coativa que se reconhece como Direito.’”<sup>3</sup>

Neste sentido, os âmbitos jurídico e político (no sentido de ciência que estuda os fenômenos relativos ao Estado) se interpenetram de tal forma que é praticamente

---

<sup>1</sup> O termo é usado aqui na acepção de estudo da relação entre os homens sob a égide do poder.

<sup>2</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 66.

<sup>3</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit., p. 67.



impossível entender-se determinados institutos quando estudados sob a óptica somente de um destes ângulos.

Assim, para os fins do presente trabalho, necessário é que se faça uma primeira abordagem do objeto do ponto de vista de sua localização no interior do sistema político-jurídico, tendo como parâmetro a nossa realidade constitucional. Para tanto, privilegiar-se-á o estudo do Estado, da Sociedade Civil e a relação entre ambos na ordem constitucional brasileira vigente, para demonstrar que a ação civil pública é um instrumento de defesa da cidadania,<sup>4</sup> estando, assim, a serviço da ordem política e que, via de consequência, é um instituto que interessa à Teoria Política.

## 2. O Estado.

A humanidade tem consagrado grande parte de seu pensamento na busca de uma explicação para a origem do Estado. A filosofia, a teologia, a ciência jurídica, a ciência política, a sociologia política e a história têm, conforme seus campos de investigação, se dedicado ao estudo de tal fenômeno.

Aqui, a investigação tem somente a finalidade descritiva da evolução histórica, não necessariamente cronológica, das diversas formas de entender o Estado e sua finalidade. Observe-se que é impossível, na esfera do pensamento político, delimitar-se e definir-se claramente o Estado moderno e o Estado contemporâneo, como se faz, por

---

<sup>4</sup> O termo cidadania é utilizado aqui de forma contextualizada com a Sociedade brasileira contemporânea e no sentido aberto que lhe dá Vera Regina Pereira de Andrade, quando afirma que "...para além de uma cidadania individual - moldada no individualismo - plasmam-se demandas por construções coletivas da cidadania (que refletem a coletivização dos conflitos) ao mesmo tempo em que para além da representação política, a cidadania aponta para participação em sentido amplo, através da sua evidente politização." v., ANDRADE, Vera Regina Pereira. Cidadania : dos direitos aos Direitos Humanos. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 129.

acordo, quando se trata do ponto de vista da ordem constitucional, o que será visto a seguir.

Seguem, de forma abreviada, alguns dos mais representativos autores, e suas teses sobre a gênese do Estado.

### 2.1. Maquiavel.

Segundo alguns autores, Maquiavel foi o fundador da ciência política, não por ter elaborado uma teoria do Estado moderno, mas por ter teorizado sobre como se formam os Estados.<sup>5</sup> Outros, no entanto, divergem, afirmando que ele teve a aptidão para criar a ciência política, mas não teve êxito por lhe faltarem indispensáveis materiais históricos.<sup>6</sup> No entanto, ele é tido como aquele que Maquiavel utilizou pela primeira vez o termo Estado, analisando a sua origem, que se encontra “nas cidades-repúblicas da Itália setentrional na época da Renascença”.<sup>7</sup>

A verdade é que em “O Príncipe” dedica-se a enunciar, dentre as diversas formas de principado, as distintas maneiras de adquirir o poder e as formas de mantê-lo.

Importante é a identificação feita entre Estado e Poder: no início de sua principal obra, faz o seguinte enunciado: “Todos os Estados, todos os domínios [poder] que tiveram e têm império sobre os homens, foram ou são repúblicas ou

---

<sup>5</sup> GRUPPI, Luciano. Tudo Começou com Maquiavel - As concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci. Tradução de Dario Canali. 11 ed. Porto Alegre: L&PM Editores, 1986, p. 10; e, VIEIRA, Roberto Atila Amaral. Introdução ao Estudo do Estado e do direito. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986, p. 20.

<sup>6</sup> MOSCA, Gaetano. História da Doutrinas Políticas Desde a Antiguidade. Completada por Gaston Bouthoul. Tradução de Marco Aurélio de Moura Matos. 4 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 16.

<sup>7</sup> HELLER, Hermann. Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 161.

principados”.<sup>8</sup> Em outro lugar, recomenda que “...o príncipe ou a república que desde o início não pôde afirmar perfeitamente o seu poder, deve aproveitar a primeira oportunidade para fazê-lo.”<sup>9</sup> Aqui está lançada, também, a idéia de soberania, como a autonomia do Estado, de forma que sua autoridade não depende de qualquer outra.

Fica claro em sua obra que o Estado não tem qualquer identificação com o povo (com a Sociedade), uma vez que o Principado ou a República são frutos da força de conquista ou da necessidade de segurança de cada indivíduo.<sup>10</sup> A nota primordial do Estado, portanto, é a dominação sobre os homens.

## 2.2. Jean Bodin.

Jean Bodin escreveu, em 1576, a obra denominada “Os Seis Livros da República”, na qual lança os fundamentos teóricos da irresponsabilidade política, que é, na verdade, a fundamentação do Estado absoluto.

Para Bodin, o Estado é um governo embasado nas leis da natureza, e o soberano está subordinado somente a estas leis, mas é o próprio soberano que decide sobre o que deve ser aceito como lei superior.<sup>11</sup> No entanto, o soberano não está subordinado às leis de seu antecessor nem às próprias leis, até porque ele não pode estar sujeito a qualquer julgamento, sob pena de destruição da soberania, que é, para ele, a base da estrutura do Estado.<sup>12</sup> Neste sentido, afirma: “Toda república, toda corporação, todo colégio e toda família se governa por mando e obediência, uma vez que a liberdade

<sup>8</sup> MAQUIAVEL, Nicolo. O Príncipe. Tradução de Antonio D’Elia. São Paulo. Editora Cultrix, 1976, p. 37.

<sup>9</sup> MAQUIAVEL, Nicolo. Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio. Tradução de Sérgio Bath. 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 71.

<sup>10</sup> MAQUIAVEL, Nicolo. Comentários... p. 19/20.

<sup>11</sup> BODIN, Jean. Los Seis Libros de La Republica. Tradução de Pedro Bravo. Madrid: Aguilar, 1973, p. 53.

<sup>12</sup> VIEIRA, Roberto Átila Amaral. Op. cit., p. 28

natural que corresponde a cada um para viver ao seu arbítrio é posta sob o poder de outro.”,<sup>13</sup> esclarecendo, mais adiante, que “A soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma república...”<sup>14</sup>

Bodin diz ser o Estado constituído essencialmente de poder, sendo povo e território seus elementos secundários.<sup>15</sup>

### 2.3. Thomas Hobbes.

Para Thomas Hobbes o homem no estado de natureza - fora do Estado, organização política - vive em guerra permanente contra os demais. Assim, a condição humana, antes do Estado, é a guerra, a luta, a disputa, entre todos.<sup>16</sup>

Nestas condições, o homem, com medo da morte, criou a organização política (Estado) que é a concentração de todo o poder e de toda a força capaz de submeter todas as vontades e todas as forças dos indivíduos. O Estado, portanto, deve ser absoluto - de poder absoluto.

“O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito àquelas leis de natureza que foram expostas nos capítulos décimo quarto e décimo quinto. Porque as leis de natureza (como a *justiça*, a *equidade*, a *modéstia*, a *piedade*, ou, em resumo, *fazer aos outros o que queremos que nos façam*) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e

<sup>13</sup> BODIN, Jean. op. cit., p. 22. Tradução livre do texto: “Toda república, toda corporación, todo colegio y toda familia se gobierna por mando y obediencia, una vez que la libertad natural que corresponde a cada uno para vivir a su arbitrio es puesta bajo el poder de otro.”

<sup>14</sup> BODIN, Jean. op. cit., p. 46.

<sup>15</sup> BODIN, Jean. op. cit. p., 19/20. v., GRUPPI, Luciano. op. cit., p. 12.

<sup>16</sup> HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Niza da Silva. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 75-77.

coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém.”<sup>17</sup>

Mais que isto, a essência do Estado é essa relação de dominação do Leviatã (poder supremo) sobre todos os firmatários do pacto que instituiu o Estado.<sup>18</sup>

#### 2.4. John Locke.

John Locke é o primeiro teórico do contratualismo liberal e tem como ponto de partida conceitos já anteriormente enunciados, como o de estado de natureza e contrato social. Mas dissente dos absolutistas ao afirmar que o homem é naturalmente sociável - resgata o pensamento de Aristóteles - e o estado de natureza é o regime de total liberdade e igualdade. Nesta condição, os homens estavam limitados somente pela lei natural, que determina a sobrevivência do homem e do grupo. Para ele, o Estado de Natureza já era o estado de sociedade.<sup>19</sup> Observe-se a seguinte passagem que expressa seu pensamento:

“Contudo, embora seja um Estado de liberdade, não o é de licenciosidade; apesar de ter o homem naquele estado liberdade incontável de dispor da própria pessoa e posses, não tem a de destruir a si mesmo ou a qualquer criatura que esteja em sua posse, senão quando uso mais nobre do que a simples conservação o exija. O estado de natureza tem uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que tão-só a consultem, sendo todos iguais e independentes, que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses.”<sup>20</sup>

O homem, vivendo o estado de liberdade, não tinha, contudo, a possibilidade de garantir a propriedade, fim principal das associações. Com isso, o indivíduo resolve

<sup>17</sup> HOBBS, Thomas. op. cit., p. 103.

<sup>18</sup> HOBBS, Thomas. op. cit., p. 105-106.

<sup>19</sup> LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. Tradução de E. Jacy Monteiro. 5 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 215.

<sup>20</sup> LOCKE, John. op. cit. p., 218.

abrir mão da liberdade absoluta, a fim de criar a organização política, para que esta possa lhe garantir o exercício da propriedade e da liberdade que dela deriva.<sup>21</sup>

“O homem, nascendo, conforme provamos, com direito a perfeita liberdade e gozo incontrolado de todos os direitos e privilégios da lei da natureza, por igual a qualquer outro homem ou grupo de homens do mundo, tem por natureza, o poder não só de preservar a sua propriedade - isto é, a vida, a liberdade e os bens - contra os danos e ataques de outros homens; mas também de julgar e castigar as infrações dessa lei por outros conforme estiver persuadido da gravidade da ofensa, mesmo com a própria morte nos crimes em que o horror do fato o exija, conforme sua opinião. Contudo, como qualquer sociedade política não pode existir nem subsistir sem ter em si o poder de preservar a propriedade e, para isso, castigar as ofensas de todos os membros dessa sociedade, haverá sociedade política somente quando cada um dos membros renunciar ao próprio poder natural, passando-o às mãos da comunidade em todos os casos que não lhe impeçam de recorrer à proteção das leis por ela estabelecida.”<sup>22</sup>

A organização política a que ficam subordinados os indivíduos é o Estado.

É bem verdade que, em Locke, o Estado encontra a sua legitimidade na vontade dos indivíduos. O povo não transfere a soberania para o monarca ou para o Estado, mas mantém-se como o centro da legitimidade, podendo, por isso, revogar ou modificar o pacto a qualquer momento. No entanto, enquanto legitimado pela vontade popular, o Estado é o ente que regula os atos humanos e possui uma autoridade com força para impor essas regras de conduta, com a finalidade de conservar e regular a propriedade, defender a república contra os inimigos externos e assegurar o bem público interno.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> LOCKE, John. op. cit. p., 249.

<sup>22</sup> LOCKE, John. op. loc. cit.

<sup>23</sup> LOCKE, John. op. cit. p., 275.

## 2.5. Montesquieu.

Montesquieu não se afasta da noção de contratualismo de Locke, mas afirma que o indivíduo, antes do Estado, não teria outro sentimento que não a consciência de sua fraqueza. Os homens eram iguais no medo. A esse sentimento de fraqueza o homem acresce o sentimento de suas necessidades. De outro lado, diante da necessidade de se sustentar, de se manter e de se conservar, o homem foi levado a se aproximar dos outros. O próprio temor vai contribuir para essa aproximação. Mais do que estas circunstâncias, o fato de o homem possuir capacidade de conhecer gera o desejo de viver em Sociedade.<sup>24</sup> Estas leis naturais levam-no a construir o pacto social.

Estabelecido o pacto social, no momento posterior, a vida em Sociedade tenderia à desagregação, surgindo, daí, a necessidade de imposição de uma ordem política e de um direito positivo destinado a evitá-la. Isto ocorre porque “Logo que os homens estão em sociedade, perdem o sentimento de suas fraquezas; a igualdade que existia entre eles desaparece, e o estado de guerra começa”.<sup>25</sup> As sociedades entre si também sentem as suas forças e entram em estado de guerra. A única forma de superação dessa tendência à dispersão é o estabelecimento de leis, de caráter cogente e impostas pelo Estado.

“Cada sociedade particular passa a sentir sua força; isso gera um estado de guerra de nação para nação. Os indivíduos, em cada sociedade, começam a sentir sua força: procuram reverter em seu favor as principais vantagens da sociedade; isso cria, entre eles, um estado de guerra.

Essas duas espécies de estado de guerra acarretam o estabelecimento de leis entre os homens. Considerados como habitantes de um planeta tão grande, a ponto de ser necessária a existência de diferentes povos, existem leis nas relações que esses povos mantêm entre si; é o DIREITO DAS GENTES. Considerados como vivendo numa sociedade que deve ser mantida, possuem leis nas relações entre os que governam e os

---

<sup>24</sup> MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Volume 1. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962, p. 31-32.

<sup>25</sup> MONTESQUIEU. op. cit., p. 32.

que são governados; e é o DIREITO POLÍTICO. Possuem-nas ainda nas relações que todos os cidadãos mantêm entre si: é o DIREITO CIVIL.”<sup>26</sup>

Assim, o pacto social é a união dos indivíduos e a ordem política - o Estado -, é a forma de conter a conduta desagregadora desses mesmos indivíduos e a separação dos poderes é a forma de conter o “absolutismo” do Estado.

## 2.6. Rousseau.

Em Rousseau encontrar-se mais uma vez a noção de estado de natureza, mas neste, o homem é dotado de livre arbítrio e vive de acordo com suas necessidades inatas.<sup>27</sup>

O instinto de auto-preservação é limitado pelo sentimento de piedade que impede o homem de ser perverso.<sup>28</sup> O homem neste estágio vive a idade de ouro. Porém, com o surgimento da propriedade privada, o estado de natureza vai ser destruído, passando os homens a viver em competições.<sup>29</sup>

Diante do desequilíbrio gerado com a destruição do estado de natureza, o homem, pretendendo preservar os pressupostos de liberdade, organiza-se politicamente - através da convenção -, inventa a soberania e submete-se ao poder político.<sup>30</sup>

Para Rousseau o contrato social é o fundamento de toda a autoridade legítima existente entre os homens. Assim, o pacto é o poder coletivo de obrigar a um indivíduo que se oponha à vontade geral. A vontade geral é que dirige as forças do Estado para a

<sup>26</sup> MONTESQUIEU. op. cit. p., 32-33.

<sup>27</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da Desigualdade entre os homens. Tradução de Lourdes Santos Machado. 5 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 238.

<sup>28</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. Discurso... p. 254.

<sup>29</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. Discurso... p. 264-65.

<sup>30</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. Discurso... p. 266 a 270. v., VIEIRA, Roberto Átila Amaral. op. cit., p. 48.



realização de seus fins. Entre estes fins está o bem comum, ou seja, a defesa dos bens e das pessoas dos associados.

A vontade geral não se confunde com a vontade de todos, uma vez que ela pode não ser unânime, mas é necessário que todas as vontades sejam consideradas. Pode-se dizer que, para ele, a vontade geral é a vontade da maioria.<sup>31</sup>

Desse pacto nasce o Estado: “Essa pessoa pública, que se forma, desse modo, pela união de todas as outras, tomava antigamente o nome de **cidade** e, hoje, o de **república** ou de **corpo político**, o qual é chamado por seus membros de **Estado** quando passivo, **soberano**, quando ativo, e **potência**, comparando-o com seus semelhantes.”<sup>32</sup>

Sobre os participantes do pacto, diz o autor: “Quanto aos associados, recebem eles, coletivamente, o nome de **povo**, e se chamam, em particular, **cidadãos**, enquanto partícipes da autoridade soberana, e **súditos** enquanto submetidos às leis do Estado”.<sup>33</sup>

## 2.7. Hegel.

Hegel estabelece a oposição entre Sociedade Civil e o Estado político, para colocar o Estado como fundamento da Sociedade Civil e da família.

“Quando se confunde o Estado com a sociedade civil, destinando-o à segurança e proteção da propriedade e da liberdade pessoais, o interesse dos indivíduos enquanto tais é o fim supremo para que se reúnem, do que resulta ser facultativo ser membro do Estado. Ora é muito diferente a sua relação com o indivíduo. Se o Estado é espírito objectivo, então, só como seu membro é que o indivíduo tem objectividade, verdade e moralidade. A associação como tal é o verdadeiro conteúdo e o verdadeiro fim, e o destino dos indivíduos está em participarem numa vida colectiva; quaisquer outras

<sup>31</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social - (ou Princípios de Direito Político). Tradução de Lourdes Santos Machado. 5 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 32-33.

<sup>32</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato..., p. 33.

<sup>33</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato..., p. 33-4.

satisfações, actividades e modalidades de comportamento, neste acto substancial e universal têm o seu ponto de partida e o seu resultado.”<sup>34</sup>

Com isto, para Hegel, é o Estado que funda o povo e é o detentor da soberania. Em Rousseau, é a vontade individual que, no pacto, forma a vontade geral e fundamenta o Estado. Em Hegel a vontade fundante é vontade absoluta - o espírito objetivo, ou o espírito divino -, que se manifesta no Estado. O Estado é, portanto, por ser oriundo da vontade absoluta, uma realidade arbitrária.<sup>35</sup>

“O Estado, como realidade em acto da vontade substancial, realidade que esta adquire na consciência particular em si universalizada, é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever.”<sup>36</sup>

Neste sentido, Hegel decreta o fim do individualismo, porque o “indivíduo, porção do Estado, não está autorizado a se impor ao todo; ele deve querer o bem do todo; e agir neste sentido”.<sup>37</sup>

## 2.8. Marx e Engels.

Marx e Engels partem da análise do Estado burguês para propor o fim do Estado, passando pela fase intermediária da ditadura do proletariado.

Ao analisar o Estado burguês, Marx afirma que o Estado surge pela desagregação da sociedade comunitária primitiva, em razão do surgimento da

<sup>34</sup> HEGEL. Princípios da Filosofia do Direito. Tradução de Orlando Vitorino. 3 ed. Lisboa: Guimarães Editores, 1986, p. 201.

<sup>35</sup> v., GARAUDY, Roger. Para Conhecer o Pensamento de Hegel. Tradução de Suely Bastos. Porto Alegre: L&PM Editores, 1983, p. 166.

<sup>36</sup> HEGEL. op. loc. cit.

<sup>37</sup> VIEIRA, Roberto Átila Amaral. op. cit., p. 58.

propriedade privada sobre os meios de produção e da divisão da sociedade em classes opoentes. O nascimento do Estado, assim, é um fenômeno histórico. A função do Estado, para Marx, não é regular o conflito social, mas tomar partido neste para que a parcela da classe dominante, controladora do Estado e que detém o poder, possa exercê-lo sobre aquela classe que não o tem.

O fim deste Estado é que é propugnado pelos Marxistas. E o desaparecimento do mesmo ocorrerá com o desaparecimento da sociedade de classes.

“Quando, no curso do desenvolvimento, desaparecerem todas as distinções de classe e toda a produção concentrar-se nas mãos da associação de toda a nação, o poder público perderá o seu caráter político. O poder político propriamente dito é o poder organizado de uma classe para oprimir outra. Se o proletariado em sua luta contra a burguesia é forçado pelas circunstâncias a organizar-se em classe; se torna, mediante uma revolução classe dominante, destruindo violentamente as antigas relações de produção, destrói com essas relações as condições dos antagonismos de classes e as próprias classes em geral e, com isso, extingue sua própria dominação como classe. Em lugar da antiga sociedade burguesa, com suas classes e antagonismos de classes, haverá uma associação na qual o livre desenvolvimento de cada um é a condição do livre desenvolvimento de todos.”<sup>38</sup>

Mas o próprio Marx afirma a necessidade de um estágio intermediário entre o fim do Estado burguês e a fase final de uma sociedade sem classes. Esta fase seria a da ditadura do proletariado. Nesta fase fica praticamente mantido o Estado burguês, o que se modifica é que o controle do poder do Estado encontrará a legitimidade no proletariado e será exercitado na perspectiva de extinguir as classes sociais, colimando o fim do Estado:

“Entre a sociedade capitalista e a sociedade comunista medeia o período da transformação revolucionária da primeira na segunda. A este período corresponde também um período político de transição, cujo Estado não pode ser outro **senão a ditadura revolucionária do proletariado.**”<sup>39</sup>

<sup>38</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Manifesto do Partido Comunista. In, LASKI, Haroldo J. O Manifesto Comunista de Marx e Engels. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978, p. 113.

<sup>39</sup> MARX, Karl. Crítica ao Programa de Gotha. in, Textos. Volume I. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1977, p. 239.

Mais claramente, em outro lugar, Engels reconhece ser o Estado uma criação da sociedade, mas afirma que este mesmo ente criado pela sociedade, por distorções decorrentes do Estado burguês, se coloca acima da sua criadora e cada vez mais dela se distancia. Diz Engels:

“O Estado não é portanto, de modo nenhum, um poder imposto de fora à sociedade e tão-pouco é ‘a realidade da idéia ética’, ‘a imagem e a realidade da razão’, como afirma Hegel. Ele é antes um produto da sociedade num estágio determinado de desenvolvimento; é o reconhecimento de que esta sociedade está enredada numa insolúvel contradição consigo própria, que se cindiu em oposições inconciliáveis de que ela é incapaz de livrar. No entanto, para que essas oposições, classes com interesses económico em conflito, não se consumam a si próprias e à sociedade numa luta estéril, tornou-se necessário um poder situado aparentemente acima da sociedade para abafar o conflito e mantê-lo dentro dos limites da ‘ordem’; e esse poder surgido da sociedade mas que se coloca acima dela e se aliena cada vez mais dela é o Estado.”<sup>40</sup>

Assim, apesar de o Estado burguês-liberal nascer da Sociedade, passa a ser algo diverso dela. Há, de certa forma, uma contraposição entre ambos. Somente com o fim do Estado, ter-se-ia uma efetiva fusão entre Sociedade Civil e Estado.

## 2.9. Gramsci.

Para Gramsci, a Sociedade Civil e a Sociedade Política se situam no âmbito de uma totalidade orgânica por ele denominada “superestrutura”.

Isto fica claro quando Gramsci afirma que a atividade política “é efetivamente o primeiro momento ou primeiro grau, o momento em que a superestrutura está ainda na fase imediata de mera afirmação voluntária, indistinta e elementar.”<sup>41</sup> Depois,

<sup>40</sup> ENGELS, Friedrich. A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. Tradução de João Pedro Gomes. Lisboa-Moscou: Edições “Avante!” - Edições Progresso, 1986, p. 192.

<sup>41</sup> GRAMSCI, Antonio. Maquiavel, a Política e o Estado Moderno. Tradução de Luiz Mário Gazzaneo. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1991, p. 12.

quando analisa o que chama de relação de forças, como tema ligado à relação entre a estrutura e a superestrutura (natureza e espírito)<sup>42</sup>, diz que esta se dá em três momentos. No primeiro, identifica a relação das forças sociais vinculada à estrutura, “objetiva, independente dos homens, que pode ser medida com os sistemas das ciências exatas ou físicas.”<sup>43</sup>

“O momento seguinte é a relação das forças políticas; a avaliação do grau de homogeneidade, de autoconsciência e de organização alcançado pelos vários grupos sociais. Por sua vez, este momento pode ser analisado e diferenciado em vários graus, que correspondem aos diversos momentos da consciência política coletiva, da forma como se manifestam na História até agora. O primeiro e mais elementar é o econômico-corporativo [...] Um segundo momento é aquele em que se adquire a consciência da solidariedade de interesses entre todos os membros do grupo social, mas ainda no campo meramente econômico. Neste momento já se coloca a questão do Estado, mas apenas visando a alcançar uma igualdade político-jurídica com os grupos dominantes [...] Um terceiro momento é aquele em que se adquire a consciência de que os próprios interesses corporativos, no seu desenvolvimento atual e futuro, superam o círculo corporativo do grupo meramente econômico, e podem e devem tornar-se os interesses de outros grupos subordinados. Esta é a fase mais abertamente política, que assinala a passagem nítida da estrutura para a esfera das superestruturas complexas...”<sup>44</sup>

Explica Wolkmer: “Em Gramsci, o Estado não é somente ‘sociedade política’, mas também ‘Sociedade Civil’, pois ele garantirá ‘ao proletariado o papel hegemônico na conquista do consenso’. A Sociedade Civil estará situada entre a legislação do Estado e sua estrutura econômica. Logo, o Estado, para Gramsci, ‘é a sociedade política mais Sociedade Civil, ou seja, uma hegemonia protegida pela coerção.’”<sup>45</sup>

<sup>42</sup> GRAMSCI, Antonio. op. loc. cit.

<sup>43</sup> GRAMSCI, Antonio. op. cit., p. 49.

<sup>44</sup> GRAMSCI, Antonio. op. cit., p. 49-50.

<sup>45</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit., p. 65.

## 2.10. Poulantzas.

Nicos Poulantzas, dando-se conta de que as massas populares, através de lutas decorrentes das contradições internas inerentes ao Estado capitalista, são determinantes na transformação deste mesmo Estado, fixando, inclusive, conquistas, como as instituições da democracia representativa. Esta circunstância, diz, foi ocultada pela idéia de ditadura do proletariado, que, salienta, foi, no pensamento de Marx, “uma noção estratégica em estado prático, funcionando ademais como painel indicador.”<sup>46</sup>

Importa, para o âmbito do presente estudo, verificar como se dá em Poulantzas a relação entre o Estado e a Sociedade Civil (massas populares) e como esta pode e deve ser fator preponderante para a transformação daquele. Para ele o Estado atual não está totalmente isolado das massas populares. As lutas populares influenciam a modificação dos aparelhos estatais, não somente através da luta concentrada, mas também pela via democrática. Por esta via, as massas populares agem exatamente nas contradições internas do Estado e, através dela, podem chegar a tomar o poder. Mas diz:

“Tomar ou conquistar o poder de Estado não pode significar um simples confisco das peças da maquinária estatal, com vistas à sua substituição em benefício do segundo poder. O poder não é uma substância quantificável detida pelo Estado de que seria necessário despojá-lo. O poder consiste numa série de relações entre as diversas classes sociais, concentrada por excelência no Estado, que, ele, constitui a condenação de uma relação de forças entre as classes. O Estado não é nem uma coisa-instrumento que se surrupia, nem uma fortaleza onde se penetra através de estratagemas nem um cofre-forte que só se abre arrombando-o; ele é o centro do exercício do poder político.”<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> POULANTZAS, Nicos. O Estado, o Poder, o Socialismo. Tradução de Rita Lima. 2 ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985, p. 291-294.

<sup>47</sup> POULANTZAS, Nicos. op. cit., p. 296.

### 2.11. Hermann Heller.

Ao contrário de todas as concepções anteriores, para Hermann Heller a idéia de Estado não está ligada a um agrupamento de individualidades. Diz ele, textualmente: “Uma consideração científica da unidade estatal não pode identificar a esta nenhum dos seus elementos. O Estado não é uma ordem normativa; também não é o ‘povo’; não é formado por homens mas atividades humanas.”<sup>48</sup>

Entendendo o Estado como uma unidade real que atua de modo causal, Heller afirma: “A função do Estado consiste, pois, na organização e ativação autônomas da cooperação social-territorial, fundada na necessidade histórica de um *status vivendi* comum que harmonize tôdas as oposições de interêsses dentro de uma zona geográfica, a qual, enquanto não exista Estado mundial, aparece delimitada por outros grupos territoriais de dominação de natureza semelhante.”<sup>49</sup>

Fica evidente no pensamento de Heller a inter-relação entre o Estado e a Sociedade e, por conseqüência, a função social do Estado, já que a função deste é assegurar a convivência e a cooperação entre os homens.

### 2.12. Jacques Maritain.

Após fazer distinção entre comunidade e Sociedade e inserir a Nação na primeira categoria, e o Corpo Político e o Estado no âmbito da segunda, Jacques Maritain define o Estado a partir de uma óptica instrumentalista, afirmando que o “O Estado é unicamente a parte do corpo político que se refere especialmente à

---

<sup>48</sup> HELLER, Hermann. op. cit., p. 282.

<sup>49</sup> HELLER, Hermann. op. cit., p. 283.

manutenção da lei, ao fomento do bem comum e da ordem pública e à administração dos negócios públicos. O Estado é uma parte que *se especializa* no interesse do *todo*. Não é um homem ou um grupo de homens; é um conjunto de instituições combinadas em uma máquina altamente aperfeiçoada”.<sup>50</sup>

### 2.13. Cesar Pasold.

Enunciando sua concepção de Estado contemporâneo, Cesar Pasold, que o entende como uma criação da Sociedade, a partir de uma óptica instrumental, afirma: “Acreditamos que não há sentido na criação do Estado senão na condição - inarredável - de instrumento em favor do Bem Comum ou Interesse Coletivo. Deve haver nesta criatura da Sociedade um compromisso com a sua criadora, sob pena de perda de substância e razão de ser do ato criativo.”.<sup>51</sup>

De outro norte, diz: “Se a condição instrumental do Estado advém do fato de ele ser criação da Sociedade, ela se consolidará somente na serventia aos anseios sociais e justificar-se-á por uma conformação jurídica conveniente à origem e coerente com a utilidade à Sociedade.”.<sup>52</sup>

### 2.14. Norberto Bobbio.

Bobbio observa que uma definição de Estado contemporâneo envolve grandes problemas, decorrentes das inúmeras relações que se foram criando entre o Estado e o

---

<sup>50</sup> MARITAIN, Jacques. O Homem e o Estado. Tradução de Alceu de Amoroso Lima. 3 ed. Rio de Janeiro: Agir Editora, 1959, p. 22.

<sup>51</sup> PASOLD, Cesar Luiz. Função Social do Estado Contemporâneo. 2 ed. Florianópolis: Editora Estudantil, 1988, p. 35.

<sup>52</sup> PASOLD, Cesar Luiz. *op. cit.*, p. 34.



complexo social e dos efeitos causados no interior do sistema político. Apesar de abordar o tema sob diversos enfoques, tem especial interesse para o âmbito deste trabalho a correlação estabelecida pelo autor entre o Estado de Direito e os conteúdos do Estado Social, que é característica do Estado contemporâneo.

Explica Bobbio:

“Os direitos fundamentais representam a tradicional tutela das liberdades burguesas: liberdade pessoal, política e econômica. Constituem um dique contra a intervenção do Estado. Pelo contrário, os direitos sociais representam direitos de participação no poder político e na distribuição da riqueza social produzida. A forma do Estado oscila, assim, entre a liberdade e a participação (E. Forsthoff, 1973).

Além disso, enquanto os direitos fundamentais representam a garantia do *status quo*, os direitos sociais, pelo contrário, são *a priori* imprevisíveis, mas têm de ser sempre atendidos onde emergem do contexto social. Daí que a integração entre Estado de direito e Estado social não possa dar-se a nível constitucional, mas só a nível legislativo e administrativo. Se os direitos fundamentais são a garantia da sociedade burguesa separada do Estado, os direitos sociais, pelo contrário, representam a via por onde a sociedade entra no Estado modificando-lhe a estrutura formal.

A mudança fundamental consistiu, a partir da segunda metade do século XIX, na gradual integração do Estado político com a Sociedade Civil, que acabou por alterar a forma jurídica do Estado, os processos de legitimação e a estrutura da administração”.<sup>53</sup>

### 3. Sociedade Civil.

Tendo em vista que a nota característica do Estado Contemporâneo é a sua vinculação com a Sociedade Civil, é preciso definir o conceito operacional desta categoria.

Norberto Bobbio chama atenção para o fato de que a expressão Sociedade Civil já experimentou, no pensamento político dos últimos séculos, vários significados.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> BOBBIO, Norberto; et al.. Dicionário de Política. Tradução de Carmem C. Varrialle... et al. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, p. 401.

<sup>54</sup> BOBBIO, Norberto; et al.. op. cit., p. 1206.

Numa acepção jusnaturalista que coincide com a origem do Estado, e se repete desde Hobbes até Kant, há uma visão dicotômica entre “Estado de natureza - Estado Civil”. O Estado Civil nasce em contraste com o estado primitivo da humanidade. Neste sentido, escreveu John Locke:

“Os que estão unidos em um corpo, tendo lei comum estabelecida e judicatura - para quem apelar - com autoridade para decidir controvérsias e punir os ofensores, estão em sociedade civil uns com os outros; mas os que não têm essa apelação comum, quero dizer, sobre a Terra, ainda se encontram no estado de natureza...”<sup>55</sup>

Rousseau, no entanto, distinguiu dois sentidos para o mesmo termo, uma vez que utilizou o termo Sociedade Civil para contrapor à sociedade primitiva. Assim, o sentido de civil não corresponde mais a “civitas”, mas a “civilitas”. Logo, em Rousseau, a Sociedade Civil não tem o sentido de sociedade política, mas, sim, de Sociedade Civilizada, o que se verifica na segunda parte do *Discurso sobre a origem da desigualdade*.<sup>56</sup>

Ensina Bobbio:

“...enquanto para Hobbes (e igualmente para Locke) a Sociedade Civil é a sociedade política e ao mesmo tempo a Sociedade Civilizada (civilizada na medida em que é política), a Sociedade Civil de Rousseau é a Sociedade Civilizada, mas não necessariamente política, que surgirá do contrato social e será uma recuperação do estado de natureza e uma superação da Sociedade Civil. A Sociedade Civil de Rousseau é, do ponto de vista hobbesiano, uma sociedade natural.”<sup>57</sup>

Em Marx, a expressão Sociedade Civil designa a sociedade pré-estatal. Tem, segundo Bobbio, a mesma função conceitual que tinha para os jusnaturalistas, o Estado de natureza ou a sociedade natural, “que era exatamente a sociedade das relações

<sup>55</sup> LOCKE, John. op. cit., p. 249.

<sup>56</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. op. cit., p. 259-310.

<sup>57</sup> BOBBIO, Norberto; et al., op. cit., p. 1207-1208

naturais ou econômicas entre os indivíduos de cuja insuficiência nascia a necessidade de evoluir para uma fase superior de agregação (de civilização) que seria a sociedade política ou o Estado”.<sup>58</sup>

Gramsci deu sentido diferente de Marx ao termo Sociedade Civil, entendendo esta como um momento da elaboração das ideologias e das técnicas de consenso, identificando, assim, a Sociedade Civil como um momento dentro do próprio Estado. Numa linguagem marxista, para Gramsci, a Sociedade Civil se identifica com “Estado” e, com isto, pertence não à estrutura, mas à superestrutura.<sup>59</sup>

Nos dias atuais, a Sociedade Civil tem uma acepção que está muito próxima da concepção genericamente marxista.

Bobbio, define Sociedade Civil na sua acepção atual da seguinte forma:

“Na contraposição Sociedade Civil-Estado, entende-se por Sociedade Civil a esfera das relações entre indivíduos, entre grupos, entre classes sociais, que se desenvolvem à margem das relações de poder que caracterizam as instituições estatais. Em outras palavras, Sociedade Civil é representada como o terreno dos conflitos econômicos, ideológicos, sociais e religiosos que o Estado tem a seu cargo resolver, intervindo como mediador ou suprimindo-os; como a base da qual partem as solicitações às quais o sistema político está chamado a responder; como o campo das várias formas de mobilização, da associação e organização das forças sociais que impelem à conquista do poder político.”<sup>60</sup>

#### **4. Estado e Sociedade Civil.**

Das considerações acima, verifica-se que se até Hegel a relação do Estado com a Sociedade Civil sempre foi uma relação de antagonismo, não podendo haver

<sup>58</sup> BOBBIO, Norberto; et al., op. cit., p. 1209.

<sup>59</sup> GRAMSCI, Antonio. op. cit., p. 49-50; v. BOBBIO, Norberto; et al., op. cit., p. 1210.

<sup>60</sup> BOBBIO, Norberto; et al., op. cit., p. 1210.

identificação entre ambos porque a nota primordial do Estado é: dominação sobre os homens, em Maquiavel; é essencialmente poder, sendo povo e território elementos secundários, em Bodin; a concentração de todo o poder e de toda a força capaz de submeter todas as vontades e todas as forças individuais, em Hobbes; a organização política a que ficam subjugados os indivíduos, para John Locke; a forma de conter a desagregação do pacto social, para Montesquieu; a maneira de preservar os pressupostos de liberdade e a propriedade privada, em Rousseau.<sup>61</sup> Importa chamar a atenção para duas notas características presentes no pensamento desses autores: a primeira, já bastante clara, é a separação da Sociedade Política e da Sociedade Civil e a relação de antagonismo entre elas; a segunda, a noção de individualismo que perpassa a própria noção da sociedade política, posto que sempre há uma relação intersubjetiva no pacto ou na dominação do indivíduo pelo ente estatal, sendo absolutamente ignorada a noção de coletividade.

É em Hegel que a noção de Sociedade Civil começa a ser compreendida como integrante da própria noção de Estado, ainda que ele faça uma inversão, ao entender o Estado como fundamento da Sociedade Civil, afirmando que o Estado seria a vontade absoluta, o espírito objetivo, ou o espírito divino. Mas é importante observar que ele decreta o fim do individualismo.<sup>62</sup> Engels, contrapondo-se ao pensamento de Hegel e com base em entendimento já desenvolvido anteriormente com Marx de que o Estado é um processo histórico, enunciou de forma muito clara ser o Estado um produto da sociedade.<sup>63</sup> Gramsci deixou evidente a relação entre Estado e Sociedade Civil,

---

<sup>61</sup> ver acima, p. 6-13.

<sup>62</sup> ver acima, p. 13.

<sup>63</sup> ver acima, p. 16.

especialmente porque verificou que o relacionamento material entre ambas se dá no que chamou de “superestrutura”.<sup>64</sup> Para Poulantzas a Sociedade Civil não compõe o Estado, mas é um fator preponderante de sua transformação.<sup>65</sup>

Para Hermann Heller o Estado não é um agrupamento de indivíduos, mas atividades humanas com a função de organizar e ativar a cooperação do todo social em um território, tendo em vista a necessidade de uma forma de vida comum e harmônica.<sup>66</sup> Jacques Maritain diz que o Estado não é um homem ou um grupo de homens, mas um conjunto de instituições combinadas, que têm a finalidade de manter a lei, fomentar o bem comum e a ordem pública e administrar os negócios públicos.<sup>67</sup> Também para Cesar Pasold, trata-se de um instrumento criado pela Sociedade em favor do Bem Comum ou Interesse Coletivo. Aliás, este autor faz a seguinte importante observação: “O Bem Comum não é a soma dos bens individuais ou dos desejos isolados”.<sup>68</sup> A concepção destes últimos autores é, evidentemente, instrumentalista. O Estado é uma criação da Sociedade com vistas a um determinado fim, qual seja, o de oportunizar uma vida harmônica no seio dessa mesma sociedade.

Já Norberto Bobbio define o Estado contemporâneo a partir de uma visão histórica, demonstrando que, na passagem do Estado moderno para o Estado contemporâneo houve uma alteração em sua estrutura formal do Estado que, além de Estado de direito, passa a ter a conotação de Estado social, pela gradual integração do

---

<sup>64</sup> ver acima, p. 16.

<sup>65</sup> ver acima, p. 18.

<sup>66</sup> ver acima, p. 19.

<sup>67</sup> ver acima, p. 19.

<sup>68</sup> PASOLD, Cesar Luiz. op. cit., p. 35. ver acima, p. 20.

Estado político com a Sociedade Civil, modificando-se os processos de legitimação e a estrutura da administração.<sup>69</sup>

Estas duas formas de visualizar o Estado - histórica e instrumentalista - não se excluem; pelo contrário, complementam-se. E é exatamente o que se pode concluir da lição de Cesar Pasold, com apoio no pensamento de Hermann Heller: “o Estado encarado como um conjunto de atividades humanas que, num crescente transbordamento de espaços axiológicos e políticos, assume paulatinamente compromissos com parcelas diversas, e, em seguida, com o todo social, harmonizando-se e harmonizando-o.”<sup>70</sup> Em não menos feliz síntese, Canotilho diz que o Estado “constitui a forma de racionalização e generalização do político nas sociedades modernas.”<sup>71</sup>

É evidente que não vai aqui nem uma ingenuidade de se pensar que a evolução das concepções sobre o Estado ou sua organização, na esfera constitucional, possam levar a que se tenha chegado a um Estado que se inter-relacione de forma perfeita e harmônica com a Sociedade Civil e que não tenha, por vezes, a tendência de violentá-la.

O Professor Cesar Pasold, em diversas passagens de sua obra, demonstra, com exemplos extraídos da realidade vivenciada no Brasil, momentos em que o Estado vive a ausência da legitimidade dos detentores do poder, em razão de desvio de poder e desrespeito aos direitos individuais e à soberania.<sup>72</sup> Também por isso é que não se

---

<sup>69</sup> ver acima, p. 20.

<sup>70</sup> PASOLD, Cesar Luiz. op. cit., p. 78.

<sup>71</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 15.

<sup>72</sup> PASOLD, Cesar Luiz. op. cit., p. 38, 40, 54, 59.

pode deixar de levar em consideração a visão negativa do Estado como a de Bernard Chantebout, que o vê como uma entidade misteriosa e ideal a serviço de seus senhores ou de alguns, e não de todos.<sup>73</sup> De outra parte, também não se pode deixar de reconhecer que tem razão Péricles Prade, quando afirma que a “atuação conjunta Estado-empresa, que caracteriza o Estado de direito social na era tecnológica, acaba criando profundas e extensas frustrações em certos setores da Sociedade Civil.”<sup>74</sup> Tudo isso revela a extrema complexidade que envolve o inter-relacionamento entre a Sociedade Civil e o Estado.

É exatamente em razão desses desvios e desmandos praticados pelo Estado e em seu nome, que há uma profunda preocupação em estabelecer, no âmbito das constituições vigentes no Estado contemporâneo, instrumentos que visam oportunizar à Sociedade Civil uma melhor forma de inter-relacionamento com o Estado. Embora, repita-se, nem sempre a realidade corresponda ao discurso constitucional, isso não impede que ditos instrumentos sejam, ou possam ser, de extrema utilidade para a Sociedade Civil.

## **5. Estado e Sociedade Civil na Constituição brasileira.**

Além dos elementos conceituais que diferenciam o Estado moderno do Estado contemporâneo, encontra-se no que Cesar Pasold denomina “discurso constitucional”<sup>75</sup>, um elemento capaz de precisar, ainda que convencionalmente, o

---

<sup>73</sup> CHANTEBOUT, Bernard. Do Estado - uma tentativa de desmitificação do universo político. Tradução de José Antonio Faria Corrêa. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 37-58.

<sup>74</sup> PRADE, Péricles. Conceito de Interesses Difusos. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 52.

<sup>75</sup> PASOLD, Cesar Luiz. *op. cit.*, p. 43.

momento em que se opera efetivamente essa modificação na concepção do Estado. Estão de acordo muitos autores, no sentido de que a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919 - conhecida como Constituição de Weimar -, foram os diplomas legais que serviram de marco histórico desta transformação.

Oportuno, portanto, verificar o “discurso constitucional” do atual Estado brasileiro e quais os instrumentos políticos e jurídicos colocados à disposição da Sociedade Civil, com vistas a instrumentalizar a relação entre ambos.

Em primeiro lugar, fica evidente o compromisso que o Estado brasileiro assume com a função social. Em seu artigo 1º a Constituição Federal afirma que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos: a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, além da soberania. Logo a seguir, em seu artigo 3º o mesmo documento constitucional diz que constituem objetivos fundamentais da República Federativa construir uma Sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais, além de promover o bem de todos.

Compromete-se também o Estado brasileiro com uma função social, quando a Constituição estabelece, em seu artigo 170, os princípios reitores da ordem econômica, e enuncia entre eles os princípios da função social da propriedade e da redução das desigualdades sociais.

Como reforço da promessa feita ao indicar seus fundamentos e objetivos, o Estado brasileiro fixa, no artigo 193 de sua Constituição, como disposição geral da ordem social, que esta tem “como objetivo o bem-estar e a justiça social”.



Além disso, no Capítulo II, do Título II, da mesma Constituição, como parte dos Direitos e Garantias Fundamentais, encontram-se definidos os direitos sociais em um rol que supera, em muito, a disciplina da mesma matéria na Constituição anterior.<sup>76</sup> Neste Capítulo encontram-se algumas normas que consagram direitos coletivos, como por exemplo, os incisos I, III, VI, do artigo 8º, e artigos 10 e 11.

Chama também a atenção o disposto no Título II, em seu Capítulo I, quando trata dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Sabidamente, no ordenamento constitucional anterior (Capítulo IV do Título II), somente estavam enunciados os direitos e as garantias individuais.

Todavia, de nada adiantariam os enunciados de ordem constitucional se não tivesse a Sociedade Civil (e os próprios cidadão individualmente, embora estes não sejam objeto de preocupação no presente trabalho) instrumentos capazes de oportunizar a efetivação de tais direitos. Eles são a porta de acesso à “via por onde a sociedade entra no Estado”, utilizando uma figura de linguagem de Norberto Bobbio.<sup>77</sup>

Pode-se classificar, para efeitos didáticos, em duas ordens os instrumentos colocados à disposição da Sociedade Civil: instrumentos políticos (a) e instrumentos jurídicos (b).

#### **a) Instrumentos políticos.**

Por instrumentos políticos denominam-se aqui não só as ferramentas fornecidas pelo que a Constituição Federal denomina de direitos políticos, uma vez que essa os

---

<sup>76</sup> v., artigo 165, da Constituição Federal de 1967.

<sup>77</sup> ver acima, p. 21.

trata de forma estrita, mas levando em conta a definição de José Afonso da Silva: “direitos políticos consistem na disciplina dos meios necessários ao exercício da soberania popular.”.<sup>78</sup>

O primeiro dos instrumentos políticos, previsto no **caput** do artigo 14 da Constituição Federal, é o do sufrágio universal, exercido através do voto direto e secreto, com valor igual para todos, que, apesar de ser exercitado individualmente, representa, ao final, o resultado de uma manifestação coletiva.

José Afonso da Silva classifica como direito de participação,<sup>79</sup> outros dois importantes instrumentos políticos previstos na ordem constitucional que serão vistos a seguir.

São, também, de ordem coletiva e representam o exercício da soberania popular, o plebiscito e o referendo, previstos nos incisos I e II do artigo antes referido, e são igualmente exercitados através do voto.

Talvez o mais importante instituto de ordem política, capaz de operacionalizar a integração do Estado político com a Sociedade Civil, introduzido no ordenamento brasileiro pela atual Constituição, seja a iniciativa popular.<sup>80</sup> Aqui, diferentemente do que ocorre com o referendo e o plebiscito, cuja autorização e convocação, respectivamente, dependem de ato de competência do Congresso Nacional (artigo 49, XV, da Constituição de 1988), a iniciativa é mesmo da Sociedade, desde que, obviamente, preenchidos os requisitos legais. É verdade que poderia o legislador ter

---

<sup>78</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 305.

<sup>79</sup> SILVA, José Afonso. op. cit. p. 236-237.

<sup>80</sup> Prevista no artigo 14, III e artigo 61, § 2º, da Constituição Federal.

vinculado a decisão final da iniciativa popular de leis à consulta plebiscitária ou do referendo, o que daria uma maior amplitude ao exercício da soberania popular. No entanto, é preciso reconhecer a importância deste instituto.

**b) Instrumentos jurídicos.**

Os instrumentos jurídicos à disposição da Sociedade Civil estão previstos na própria Constituição e consistem em ações que visam tutelar interesses da coletividade.

José da Silva Pacheco classifica essas ações em três categorias principais: “A primeira, formada pela ação de inconstitucionalidade de leis e atos, de natureza estritamente constitucional, versando matéria dessa espécie, em processo peculiar, perante tribunal próprio; a segunda, composta por aquelas que foram, não só alçadas ao nível constitucional, mas sobretudo, enquadradas entre os direitos e garantias fundamentais, o que lhe dá conotação incomum; e a terceira, consistente das que não tiveram essa colocação especial, embora estejam inscritas na Constituição”.<sup>81</sup>

Assim, a primeira categoria é integrada pela ação direta de inconstitucionalidade e, mais recentemente, pela ação direta de constitucionalidade. Merece especial relevo a ação direta de inconstitucionalidade, pois a legitimidade para a sua propositura foi substancialmente ampliada com o advento da Constituição Federal de 1988. Além do Procurador-Geral da República, que já a detinha na ordem constitucional anterior, possuem, atualmente, legitimidade: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa, o

---

<sup>81</sup> PACHECO, José da Silva. O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 23.

Governador do Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Partido Político com representação no Congresso Nacional e Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Enfatize-se, ainda, que, com a nova Constituição, a ação direta de inconstitucionalidade conheceu também a figura da declaratória da inconstitucionalidade por omissão de medida que vise tornar efetiva norma constitucional (artigo 103 e seu § 2º, da Constituição Federal).

Na segunda categoria de ações, conforme a divisão feita por José da Silva Pacheco, encontram-se “Além do *habeas corpus* (art. 5º LXVIII), do mandado de segurança (art. 5º, LXIX) e da ação popular (art. 5º, LXXIII), que já figuravam no sistema anterior [...]; o *habeas data* (art. 5º, LXXII), o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI).”.<sup>82</sup> Interessam, como exemplos de instrumentos da Sociedade Civil, a ação popular, o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção, por dizerem respeito à Sociedade Civil, enquanto coletividade.

Entre as outras ações constitucionais, inclui o mesmo autor a Ação Civil Pública e aquelas destinadas: à responsabilização por dano material, moral ou à imagem, inclusive decorrente de violação da intimidade, da vida privada, da honra e imagem de pessoas (artigo 5º, V e X); à responsabilização por danos nucleares, independentemente de culpa (artigo 21, XXIII, “c”); para buscar indenização pelos danos causados pelos agentes de pessoas de direito público ou privado prestadoras de serviços públicos (artigo 37, § 6º); à reparação de natureza econômica aos danos provenientes do impedimento de exercer atividade profissional de piloto na vida civil;

---

<sup>82</sup> PACHECO, José da Silva. op. cit., p. 72.

a referente à expropriação de terras de culturas ilegais (artigo 243); à desapropriação por necessidade, utilidade pública ou interesse social (art. 5º, XXIV).<sup>83</sup> Dentre estas, interessa à esfera de abrangência do trabalho a ação civil pública, em razão da finalidade exposta anteriormente, quando da introdução ao presente Capítulo.

## **6. Em síntese: a Ação Civil Pública como instrumento da política.**

A partir do momento em que o Estado muda, tanto do ponto de vista de sua estrutura constitucional, como do prisma da concepção dos Cientistas e Teóricos Políticos e se torna não mais somente um centro de poder que se mantém em função e em razão do próprio poder, mas passa a ser a promessa de realização de direitos sociais que reconhece e abre, através desses direitos, a via de acesso a ele da Sociedade Civil, o que gera modificação em sua estrutura, necessária se faz a criação de instrumentos que possam facilitar essa comunicação. Entre estes, como já ficou demonstrado, está a ação civil pública.

É relevante observar que o fato de estar a ação civil pública inserida entre as ações de ordem constitucional é uma evidência segura de sua característica de instrumento de defesa da cidadania e, portanto, de instrumento da política.<sup>84</sup> Não se pode deixar de observar, no entanto, que mesmo quando, entre nós, esta Ação era prevista em lei ordinária, ainda assim, guardava as mesmas características, em função do tipo de interesses a que se destina defender, e, para todos os efeitos, as conclusões e

---

<sup>83</sup> PACHECO, José da Silva. op. cit., p. 74.

<sup>84</sup> Como observa José Joaquim Gomes Canotilho, várias são as acepções correntes para o termo "Política". No entanto, é utilizado neste momento no sentido de "*estratégia* adotada por determinados sujeitos (ministros, partidos, governo, grupos) para resolver determinados problemas da Comunidade". V. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit., p 27-29. Melhor explicitando: a política é o âmbito em que Sociedade e Governo exercitam suas estratégias no sentido de viabilizar o inter-relacionamento entre aquela e o Estado.

afirmações feitas no âmbito do presente trabalho são perfeitamente aplicáveis à ação de ordem meramente legal.

Por oportuno, é preciso esclarecer melhor a afirmativa de que o instituto da ação civil pública é instrumento capaz de oportunizar ou instrumentalizar a inter-relação entre a Sociedade Civil e o Estado. Pode ocorrer a hipótese de aqueles que estão acostumados ao esquema rígido da dicotomia entre direito público e direito privado, de caráter notadamente individualista, pretenderem contrapor o fato de que este tipo de ação é utilizado não somente contra o Estado, mas por segmentos da Sociedade Civil contra outros segmentos da mesma sociedade e até mesmo contra cidadãos individualizados.

Não se pode perder de vista que é o Estado brasileiro que declara em sua Constituição:

- a) “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (artigo 225 da Constituição Federal). Este direito é, ainda, princípio geral da ordem econômica (artigo 170, VI), e é defendido pela Sociedade, através dos legitimados legais, com base no artigo 1º, I, da Lei nº 7.347/85.
- b) “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (artigo 5º, XXXII). Este direito é também princípio geral da ordem econômica (artigo 170, V). Sua defesa está prevista no artigo 1º, II, da Lei nº 7.347/85 e no Código de Defesa do Consumidor.

- c) “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional...” (artigo 215). “Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material ou imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da Sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados à manifestações artísticas culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”. (artigo 216). Por fim, enuncia: “O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de [...], e de outras forma de acautelamento e preservação” (artigo 216, § 1º). Estes bens e direitos são preservados com base no artigo 1º, III, da Lei que regula a ação civil pública.
- d) “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (artigo 227). A assegurar de tais direitos é possível com base no artigo 1º, IV, da Lei nº 7.347/85 e na Lei nº 8.069/90.

e) “A administração pública direta, indireta, fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade...” (artigo 37, **caput**). O interesse em assegurar a observância de tais princípios é defendido com base no artigo 1º, IV, da denominada lei da ação civil pública.

Como se salientou, este rol é meramente exemplificativo, uma vez que na própria Constituição é possível encontrar outros interesses e direitos fixados pelo Estado e para os quais há uma previsão da colaboração da sociedade, como, ainda exemplificativamente, aqueles direitos previstos nos artigos 194, 196 e 205. Todos são defendidos com base no inciso IV do artigo 1º, da lei que regula a Ação Civil Pública. Não é demais consignar que esse próprio inciso, consagrado na lei ordinária, tem o condão de assegurar a defesa de quaisquer outros interesses difusos e coletivos, ainda que não previstos no ordenamento jurídico vigente.

Logo, insista-se, aqueles que visualizam o direito somente na clássica divisão do Direito em público e privado e, mais do que isto, somente o vêem, num viés individualista, o exercício do direito em contraposição ao Estado, precisam pensar o Direito e o Estado sob um outro prisma.

Primeiramente, a concepção dicotômica do direito já não responde à atual realidade da Ciência Jurídica, como se pretende demonstrar no terceiro capítulo deste trabalho.

Segundo, quando se diz que a Sociedade Civil se relaciona com o Estado, deve-se ter presente que este inter-relacionamento não se dá sempre, embora,



evidentemente, seja também uma maneira de interação de ocorrência muito comum, na forma de contraposição. Os exemplos relacionados acima demonstram que é, também - e assim deve ser -, comum o relacionamento de colaboração entre a Sociedade Civil e o Estado.

Feitas estas observações, resta uma indagação: sendo a ação civil pública um instrumento que serve de abertura à comunicação entre a Sociedade Civil e o Estado, pode ela ser compreendida e perfeitamente vista pelos esquemas conceituais utilizados para definir e entender o Processo Civil? A resposta a tal questão é o objeto principal da pesquisa realizada para a elaboração desta monografia. É imprescindível, antes de qualquer tentativa de encontrar a solução para o problema, buscar a raiz do próprio instituto da ação processual, para verificar, no seu nascedouro, sua razão de ser e sua aplicabilidade. Este, pois, o objetivo do Capítulo seguinte.

## **CAPÍTULO II**

### **O DIREITO DE AÇÃO NA TEORIA GERAL DO PROCESSO CIVIL**

#### **1. Considerações iniciais.**

A ação civil pública, por ser instrumento destinado a tutelar judicialmente certa gama de direitos, como ocorre com qualquer tipo de ação, tem sido estudada e exercitada à luz do Direito Processual Civil. Até mesmo quando os doutrinadores buscam explicar a razão para que esta ação seja adjetivada como civil e pública, é no seio da teoria que trata do Processo Civil que ela é pesquisada, fazendo-se, por vezes, analogia como o próprio Processo Penal.<sup>1</sup> Importa, destarte, o estudo do direito de ação no âmbito do Processo Civil, para que se possa, posteriormente, entender algumas questões polêmicas, envolvendo a aplicação prática da ação civil pública. Não se pode deixar de recapitular alguns conceitos básicos referentes ao direito de ação, tal como entendido de forma dominante na doutrina.

---

<sup>1</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 15.

## 2. Da Ação.

Profundamente ligada à idéia de Estado, como toda a ordem jurídica, está a noção do direito de ação. Os autores Fundamentam-no, no fato de ter o Estado, quando de sua organização e do estabelecimento de sua ordem jurídica, determinado o fim da defesa, pelo próprio interessado, dos interesses sob a proteção do direito objetivo. Vedada, portanto, a autotutela dos interesses protegidos pelo ordenamento jurídico, surge o poder-dever de o Estado prestar a jurisdição, ou seja, o poder-dever de dizer o direito ao caso concreto. Acerca da vedação, Fábio Luiz Gomes diz ser o “pressuposto inafastável à organização e à própria existência do Estado”.<sup>2</sup> E ao direito que tem o cidadão de exigir do Estado o exercício da função jurisdicional é que os autores chamam de “ação”.

José Frederico Marques esclarece: “A ação não é direito à tutela jurisdicional, mas apenas o direito de pedir essa tutela”.<sup>3</sup>

Verdadeiras revoluções conceituais ocorreram para que se chegasse ao entendimento hodierno, ainda que, é preciso reconhecer, não se tenha chegado a um porto seguro.

Num rápido bosquejo histórico pode-se verificar a evolução experimentada pelo instituto.

---

<sup>2</sup> GOMES, Fábio Luiz. Da Ação. in, SILVA, Ovidio Araújo Baptista da *et alli*. Teoria Geral do Processo Civil. Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora, 1983, p. 89.

<sup>3</sup> MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. 1º volume. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1983, p. 169.

### 3. Principais Teorias.

#### 3.1. Teoria Civilista

Os romanos entendiam o direito de ação como o exercício do próprio direito material. O Pretor Romano Celso enunciou esta concepção na célebre definição: “A ação nada mais é que o direito de pedir em juízo o que nos é devido”.<sup>4</sup> No entanto, foi Savigny que se encarregou de desenvolver aquela que ficou conhecida como a Teoria Civilista. Sendo o seu principal teórico, seus princípios impressionaram os juristas até metade do século XIX.

Entendia Savigny que a violação de um direito gerava, para aquele que a sofria, uma relação ou direito denominado direito de ação ou, simplesmente, ação, como se verifica na seguinte passagem:

“Todo direito toma, em consequência de sua violação, um determinado aspecto que vou explicar. Considerando em conjunto nossos direitos, resulta que alguns existem em relação com todos os homens e outros somente se exercitam face a indivíduos determinados, este último caráter apresentam, desde logo, as obrigações. Porém, a violação de nossos direitos não é concebível senão pelo ato de uma pessoa determinada, ato este que estabelece entre nós e esta pessoa uma relação de direito especial e nova, cujo conteúdo é a reparação da violação. Em consequência, esta reclamação exercitada contra uma determinada pessoa e a também sobre determinado objeto, tem o caráter de uma obrigação; de maneira que aquele que sofreu a violação e aquele que a cometeu, ou demandante e demandado, se encontram em situação que corresponde a de um credor e um devedor. Além disso, ainda que esta nova relação permaneça no estado de possibilidade e não determine ato algum da parte lesada, não podemos considerá-la como obrigação verdadeira e perfeita, senão como um germe suscetível de transformar-se, em virtude de seu natural desenvolvimento, em verdadeira obrigação.

A relação da qual a violação resulta, ou seja, o direito conferido à parte que sofreu a lesão, se chama *direito de ação* ou *ação*.”<sup>5</sup>

<sup>4</sup> GOMES, Fábio Luiz. op. cit., p. 93; SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 1º Volume. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1980, p. 149.

<sup>5</sup> SAVIGNY, M. F. C. de. Sistema del Derecho Romano Actual. Tradução para o espanhol de Jacinto Mesía e Manuel Poley. Tomo 4. 2 ed. Madrid: Centro Editoriall de Góngora, s.d., p. 9-10. A transcrição é tradução livre do seguinte texto em espanhol: “Todo derecho toma, por consecuencia de su violación, un determinado aspecto que voy á explicar. Considerando en conjunto nuestros derechos, resulta que unos existen en relación con todos los hombres y otros solamente se ejercitan respecto de individuos determinados, cuyo último carácter presentan desde luego las obligaciones. Pero la violación de nuestros derechos no es concebible sino por el hecho de una

À esteira deste entendimento, de que o direito de ação é o próprio direito material exercitado em juízo, alguns importantes autores terminaram por definir a ação como: “o direito em seu exercício”, segundo Vinnius; “direito em pé de guerra, reagindo contra sua ameaça ou violação”, conforme Unger; “...um direito elevado à segunda potência”, na visão de Mattiolo; ou, ainda, “uma posição do direito”, no dizer de Filomusi Guelfi.<sup>6</sup>

A identificação do direito de ação com o próprio direito subjetivo material em exercício, leva às seguintes conclusões necessárias: não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito.

### 3.2. Polêmica entre Windscheid e Muther sobre a natureza da ação

Importante para o desenvolvimento do estudo da ação foi a publicação, em 1856, do livro de Bernhard Windscheid, que critica a concepção de Savigny, dando início a uma polêmica com Muther. Este debate lançou luzes sobre o estudo da *actio* romana, contribuindo para um significativo avanço na compreensão da ação como direito diverso do direito material.

---

persona determinada, hecho que establece entre nosotros y esta persona una relación de derecho especial y nueva, cuyo contenido es la reparación de la violación. En su consecuencia, esta reclamación ejercitada contra una determinada persona y respecto de un determinado objecto también, ofrece el carácter de una obligación; de manera que el que ha sufrido la violación y el que la ha cometido, ó el demandante y demandado, se encuentran en la situación respectiva de un acreedor y de un deudor. Mas, en tanto que esta nueva relación permanece en el estado de posibilidad y no determina acto alguno de la parte lesionada, no podemos considerarla como obligación verdadera y perfecta, sino como un germen susceptible de transformarse, por virtud de su natural desenvolvimiento, en verdadera obligación. La relación que de la violación resulta, es decir, el derecho conferido á la parte lesionada, se llama *derecho de acción* ó *acción*.”.

<sup>6</sup> GOMES, Fábio Luiz. op. cit., p. 94; SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 150.

Windscheid, em censura àqueles que estudavam o Direito Romano como absoluto e de forma apriorística, entre os quais se encontrava Savigny, nega que os romanos identificassem o direito de ação com o direito material, posto que “Não era necessário passar muitas páginas do *Corpus Juris* para encontrar nele referências a *acciones* que não pressupunham a lesão de um direito.”<sup>7</sup> Logo, a ação está no lugar do direito e não uma emanção dele.<sup>8</sup>

Mas a *actio* representava, também, um direito decorrente da atividade do magistrado - encarregado de dizer o direito -, sendo, então o direito de perseguir em juízo o que é devido. Neste sentido, a ação romana equivale ao que, já na época, os alemães chamavam de pretensão.<sup>9</sup>

Por fim, esclarece que os romanos ainda entendiam por ação toda a atividade desenvolvida no processo, até a decisão, enquanto na Alemanha de sua época, ação é o primeiro ato processual de quem faz valer uma pretensão.<sup>10</sup>

Theodor Muther, em livro publicado no ano seguinte, fez severa crítica a Windscheid, ante o desprezo com que este tratou Savigny. Entretanto, Muther revelou profundo estudo sobre a *actio* romana, conflitando frontalmente com as conclusões de seu opositor. Afirmou Muther que no direito romano a *actio* foi, em um primeiro momento, ato bilateral que dava início ao processo, posto que ninguém poderia comparecer a juízo desacompanhado da parte adversa, mas, posteriormente, quando o

<sup>7</sup> WINDSCHEID, Bernhard. *La “Actio” del Derecho Romano. Desde el Punto de Vista del Derecho Actual*. In, *Polêmica Sobre la “Actio”*, Bernhard Windscheid y Theodor Muther. Tradução para o Espanhol de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p. 6. Tradução livre da seguinte passagem em Espanhol: “No era necesario pasar muchas páginas del *Corpus Iuris* para hallar en él referencia a *acciones* que no presuponen la lesión de un derecho.”

<sup>8</sup> WINDSCHEID, Bernhard. *La “Actio”*..., p. 10.

<sup>9</sup> WINDSCHEID, Bernhard. *La “Actio”*..., p. 10-12.

<sup>10</sup> WINDSCHEID, Bernhard. *La “Actio”*..., p. 14.

comparecimento perante o pretor já não mais era necessária, a **actio** passou a ser entendida como o ato pelo qual o autor iniciava o processo. Eis a lição de Muther:

“...*Actio* é pois a fórmula da ação, que deve ser observada e cumprida (*actio ad formam redacta*). Quando mais adiante desapareceu a *legis actio*, e com ela a personalização e a atuação solene das partes ante o pretor, subsistiram os termos *agere* e *actio* para designar o ato pelo qual o demandante iniciava o processo, e chegou inclusive a englobar todo o procedimento inicial que se desenvolvia ante o pretor”.<sup>11</sup>

O sentido dado à palavra **actio** era mais de aspirar à concessão de uma fórmula, já que esta estava desvinculada do direito material. É que ainda que o Pretor enunciasse a fórmula (e não estava obrigado a fazê-lo), poderia o juiz não confirmá-la. Dizendo que no direito romano o direito à fórmula era um direito contra o Pretor, detentor da soberania do Estado e, portanto, público, e o direito material um direito privado, posto que era contra um cidadão particular, concluía Muther, a **actio** romana estava desvinculada do direito subjetivo material.<sup>12</sup>

Muther, no entanto, não se preocupou somente em demonstrar que Windscheid estava equivocado na análise da **actio** romana, mas sustentou a teoria de que a ação consiste no direito à tutela do Estado, garantida a quem seja ofendido no seu direito. Assim, a ação é o direito a invocar a tutela jurisdicional do Estado. Trata-se de direito subjetivo público de exigir aquela tutela, mas exercitável somente a quem tenha o direito subjetivo material violado.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> MUTHER, Theodor. Sobre La Doctrina de La *Actio* Romana, Del Derecho de Accionar Actual, da la *Litiscontestatio* y de la Sucesion Singular en las Obligaciones. In, Polêmica Sobre la “Actio”, Bernhard Windscheid y Theodor Muther. Tradução para o Espanhol de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p. 237. O texto citado é tradução livre do seguinte texto em espanhol: “*Actio* es pues la fórmula de la acción, que debe observarse y cumplirse (*actio ad formam redacta*). Cuando más adelante desapareció la *legis actio*, y con ella el apersonamiento y la actuación solemne de las partes ante el pretor, subsistieron los términos *agere* y *actio* para designar el acto por el cual el demandante iniciaba el proceso, y llegó incluso a abarcar todo el procedimiento incoativo que se desarrollaba ante el pretor”.

<sup>12</sup> MUTHER, Theodor. op. cit., p. 238-240.

<sup>13</sup> MUTHER, Theodor. op. cit., p. 248-254.

No mesmo ano do livro de Muther, Windscheid oferece a sua réplica, afirmando que aquela teoria é inconsistente, mas aceita, veladamente, a tese de seu contendor, reconhecendo a existência de dois direitos, um dirigido contra o Estado e outro em oposição ao particular. Mais tarde, Windscheid aceita abertamente a existência desses dois planos do direito.<sup>14</sup>

De outro lado, Muther, ainda que não expressamente, também concordou com Windscheid no que se refere à crítica lançada contra os civilistas. É que estes, entre eles Savigny, por óbvio, não se deram conta de que Celso tratou somente da ação sob o ângulo do direito material, não tendo, com isso, a preocupação com a ação improcedente.

### 3.3. Teoria do Direito Concreto da Ação

É preciso fazer uma inversão na ordem cronológica, seguindo orientação comumente adotada entre os autores, para seguir o critério evolutivo das concepções sobre a ação.

Em 1885, Adolph Wach publicou o livro denominado “Manual de Direito Processual Civil Alemão”, reconhecendo expressamente que Windscheid havia dado o primeiro passo, ao afirmar a independência entre o direito de ação e o direito subjetivo material. Mas, para Wach, ainda que o direito de ação não se confunda com o direito material, aquele sempre decorre deste, salvo no caso da ação declaratória negativa. Assim, concluía que o direito de ação estava condicionado à existência de um direito

---

<sup>14</sup> WINDSCHEID, Bernhard. La Actio. Replica al Dr. Theodor Muther. In, Polêmica Sobre la “Actio”, Bernhard Windscheid y Theodor Muther. Tradução para o Espanhol de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p. 293-355.



material violado ou de um interesse juridicamente protegido. Por conseguinte, o direito de ação era o direito à sentença favorável. Assim, só existiria o direito de ação, quando o pedido do autor fosse procedente. Quando a demanda fosse julgada improcedente, não haveria a ação. Esta última afirmação não encontrava exceção nem mesmo no caso da ação declaratória negativa, posto que nesta a procedência era exatamente a declaração da inexistência de relação jurídica de direito material, pelo que também esta ação deveria, para ser ação, ser julgada procedente.<sup>15</sup>

Wach encontrou vários seguidores e alguns que terminaram por formular teorias com peculiaridades diversas, mas com forte raiz na sua, a qual denominou de “Teoria da concreta pretensão à proteção do direito pelo Estado”,<sup>16</sup> mais conhecida por “Teoria do Direito Concreto de Ação”<sup>17</sup> ou “Teoria do Direito Concreto à Tutela”.<sup>18</sup>

Era esta também a concepção de Oskar Von Bülow:

“O tribunal não só deve decidir sobre a existência da pretensão jurídica pleiteada, mas, para poder fazê-lo, deve também certificar-se sobre a ocorrência das condições de existência do processo mesmo: além dos *pressupostos de fato da relação jurídica privada litigiosa* (da *res in iudicium deducta* [coisa deduzida em juízo (ou levada a juízo)] ), tem que comprovar se ocorre o *pressuposto de fato da relação jurídica processual* ( do *iudicium*).”<sup>19</sup>

<sup>15</sup> WACH, Adolf. Manual de Derecho Procesal Civil. Tradução para o espanhol de Tomás A. Banzhaf. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1977, p. 24-34,49.

<sup>16</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 1º volume. 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1986, p. 260.

<sup>17</sup> GOMES, Fábio Luiz. op. cit., p. 101.

<sup>18</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 150.

<sup>19</sup> BÜLOW, Oskar Von. La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales. Tradução para o Espanhol de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1964, p. 6-7. A transcrição consiste na tradução livre do seguinte texto em espanhol: “El tribunal no sólo debe decidir sobre la existencia de la pretensión jurídica en pleito, sino que, para poder hacerlo, también debe cerciorarse si concurren las condiciones de existencia del proceso mismo: además de los *supuestos de hecho de la relación jurídica privada litigiosa* (de la *res in iudicium deducta* [cosa deducida en juicio (o levada a juicio)]), tiene que comprobar si se da el supuesto de hecho de la *relación jurídica procesal* (del *iudicium*).”.

### 3.4. Teoria da Ação como Direito Potestativo

Classificada por alguns autores como uma variante da teoria do direito concreto de agir, Chiovenda, que afirma ser Wach a sua mais importante fonte de inspiração, elaborou seu conceito de ação sob a óptica do direito potestativo. Para ele, a ação não se dirige contra o Estado, mas é o direito de exigir a prestação jurisdicional em relação ao adversário (contra o adversário). Oportuna a seguinte passagem da obra de Chiovenda:

“Se a doutrina de WACH contém um grande fundo de verdade, ao por em evidencia a autonomia da ação, devem-se, não obstante, reconhecer como exagero inaceitável dessa idéia de autonomia da ação aquelas teorias que, de um ou outro modo, reverterem ao conceito do denominado *direito abstrato de agir*, conjecturado como simples *possibilidade jurídica* de agir em juízo, independentemente de um êxito *favorável*. Teorias tais, passíveis de alguns sequazes inclusive na Itália, têm origem, umas mais, outra menos, na doutrina de DEGENKOLB, o primeiro a definir a ação (1877) como ‘*um direito subjetivo público, correspondente a qualquer que, de boa fé, creia ter razão a ser ouvido em juízo e constranger o adversário a apresentar-se*’. Entretanto, o próprio fundador de tal teoria abandonou-a, reconhecendo que um direito de agir, correspondente, *não a quem tem razão*, mas a *qualquer* que a creia ter, não é um direito subjetivo, senão méra faculdade jurídica. Não há dúvida de que qualquer pessoa tenha a possibilidade material e também jurídica de agir em juízo; mas essa méra possibilidade (que assiste também a quem não se encontre naquela condição, tão difícil de positivar, que é a boa fé, isto é, a convicção de ter razão) não é o que sentimos como ação, quando dizemos: ‘Tício tem ação’, pois, com isso, entendemos indicar o direito de Tício de obter um resultado *favorável* no processo.

Quanto a mim, que comecei a ocupar-me desses problemas quando a categoria dos direitos potestativos estava já largamente estudada na doutrina, não tive dificuldade, com o subsídio de semelhantes estudos, em ser o primeiro a inscrever a ação naquela categoria: recolhendo a parte substancial da teoria de Wach, defini a ação como um ‘direito potestativo’ (1903).

Observei que, se em verdade a coação é inerente á idéia do direito (não no sentido de que, para se ter direito, se deve poder efetivamente atuá-lo, e sim no de que tende a atuar de fato com todas as forças que estão *de fato* á sua disposição); sem em verdade a vontade concreta da lei, quando o devedor deixa de satisfazê-la com sua prestação, tende á sua atuação por outra via, e que, mesmo, em numerosíssimos casos, há vontades concretas de lei cuja atuação só se concebe por obra dos órgãos públicos no processo; todavia, normalmente, êsses órgãos só a pedido de uma parte podem prover á atuação (*nemo iudex sine actore*), de modo que, normalmente, a atuação da lei depende de uma *condição*, a saber, da manifestação de vontade de um indivíduo; e diz que êsse individuo tem *ação*, querendo dizer-se que tem o poder jurídico de provocar, com seu pedido, a atuação da vontade da lei.

A ação é, portanto, *o poder de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei*. Definição que, bem examinada, coincide com a das fontes: *nihil aliud est actio quam ius persequendi iudicio sibi debetur* (Ist. IV, 6, pr); onde é evidentíssima a contraposição do direito ao que nos é devido, ao direito de conseguir o bem que nos é devido mediante o juízo (*ius iudicio persequendi*).

A ação é um poder que nos assiste em face do adversário em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei. O adversário não é obrigado a coisa nenhuma diante dêsse poder: simplesmente lhe está sujeito. Com seu próprio exercício exaure-se a ação, sem que o adversário nada possa fazer, quer para impedi-la, quer para satisfazê-la. Sua natureza é privada ou pública, consoante a vontade da lei, cuja atuação determina, seja de natureza privada ou pública.”<sup>20</sup>

Extrai-se do texto transcrito que, mesmo Chiovenda tendo alguma divergência com Wach, para ambos a causa da ação é a mesma. Assim, é correto o entendimento dos autores quando afirmam ser Chiovenda um dos adeptos da teoria concreta.<sup>21</sup>

De igual teor e quase concomitante foi o escrito formulado por Weismann, na Alemanha.<sup>22</sup>

A teoria da ação vista como direito potestativo foi muito criticada, especialmente por Alfredo Rocco e Ugo Rocco, uma vez que tendo a ação como a vontade exclusiva do autor, sem qualquer obrigação por parte do réu, gera uma relação jurídica deformada, levando em conta uma só das partes. Diz Ugo Rocco:

“Não cremos que esta teoria possa ser, de modo algum, aceita. Estamos convencidos, acima de tudo, da absoluta impropriedade técnica do conceito do direito potestativo e sua nenhuma utilidade para a construção da ação como direito subjetivo. Direito potestativo não seria outra coisa do que um direito que se esgota em uma simples faculdade, à qual não corresponde obrigação nenhuma para o outro, exceto a necessidade de sofrer os efeitos jurídicos produzidos pelo exercício daquela faculdade.”<sup>23</sup>

<sup>20</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Tradução de J. Guimarães Menegale. Volume I. São Paulo: Livraria Acadêmica-Editora Saraiva, 1942, p. 52-54.

<sup>21</sup> GOMES, Fábio Luiz. op. cit., p. 105.

<sup>22</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 152

<sup>23</sup> ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Tradução para espanhol de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Vol. I, parte geral. Bogotá/Buenos Aires: Editorial Temis/Editorial Depalma, 1969, p.79. A citação é tradução do seguinte texto em espanhol: “No cremos que esta teoría pueda ser en modo alguno eceptada. Estamos convencidos, ante todo, de la absoluta impopriedad técnica del concepto del derecho potestativo y de su ninguna utilidad para construcción de la acción como un derecho subjetivo. Derecho potestativo no seria otra cosa que un derecho que se agota en una simple facultad, a la cual no corresponde

O próprio Liebman, um dos principais discípulos de Chiovenda, não deixou de considerar que a concepção de seu Mestre e a da teoria civilista está mais nas palavras do que na substância.<sup>24</sup>

### 3.5. Teoria do Direito Abstrato de Agir

Quase simultaneamente foram publicadas as obras de Plósz (1876), na Hungria, e Degenkolb (1877), na Alemanha. Ambos lançaram os alicerces da teoria que ficou conhecida como teoria da ação em sentido abstrato, porque, para eles, o direito de ação independe de qualquer outro direito anterior. Seria, então, um direito subjetivo público, exercitável contra o Estado e que obriga o réu a comparecer em juízo. O direito de agir decore da própria personalidade e nada tem em comum com o direito privado argüido pelo autor. Basta, portanto, que o autor faça referência a um interesse seu, abstratamente protegido pelo direito, para que o Estado preste a jurisdição, ainda que seja a decisão final contrária a esse mesmo interesse.<sup>25</sup>

Degenkolb explica que o Estado, ao proibir o exercício da chamada justiça de mão própria, passou a ser devedor da prestação jurisdicional, ou seja, avocou o dever de distribuir e administrar a justiça. Então, deixando o cidadão de exercer por si próprio a justiça,<sup>26</sup> tem o direito de exigir do Estado, através da ação judicial, a tutela de seus direitos e interesses.

---

obligación alguna en otro, excepto la necesidad de sufrir los efectos jurídicos producidos por el ejercicio de aquella facultad.”

<sup>24</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi de Processo Civile*. Napoli: Morano Editore, s.d., p. 28, 48.

<sup>25</sup> GOMES, Fábio Luiz. op. cit., p. 106-107; SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 152.

<sup>26</sup> O termo justiça é empregado aqui, para ser fiel ao pensamento do autor, na acepção de tutela dos direitos que o interessado entende possuir.

Desta forma, o direito de ação é preexistente à demanda. E esta é tão-só o instrumento pelo qual o direito pode ser exercido.

O único limite para o exercício da ação, tanto para Plósz, como para Degenkolb, é a boa fé do autor, uma vez que necessário se faz que este acredite, de boa-fé, na existência do direito subjetivo que reclama em juízo. Contra o requisito da boa-fé, como aliás contra toda a teoria do direito abstrato, insurge-se Chiovenda, como visto na transcrição feita acima.

Apesar das críticas feitas por Chiovenda, esta teoria teve grande repercussão na Itália, especialmente pela adesão de Alfredo Rocco e de Ugo Rocco, que terminaram por dar grande contribuição ao seu desenvolvimento. Ugo Rocco, que segue a mesma orientação de Alfredo Rocco, afirma:

“De todo o exposto, podemos deduzir que o direito de ação é um direito público subjetivo individual do cidadão frente ao Estado, personificado pelos órgãos jurisdicionais, pertencente à categoria dos direitos públicos subjetivos de obrigação, que se chamam direitos cívicos. Tal direito tem, como elemento substancial, o interesse secundário e geral do particular, enquanto sujeito de direitos ou pessoa, à intervenção do Estado para a eliminação dos obstáculos que, por uma razão qualquer (incerteza, inobservância), interpõem-se à realização dos interesses de direito material (direitos subjetivos ou situações juridicamente relevantes), tutelados pelo direito objetivo. Objeto de tal direito é a prestação da atividade jurisdicional por parte do Estado, através dos órgãos especiais a isso destinados, dirigida à finalidade de declarar o direito incerto ou de realizar, mediante o uso de sua força coletiva, os interesses cuja tutela seja certa.

Este direito público de obrigação, como quase todos os direitos públicos que tenham por conteúdo a obrigação do Estado a uma prestação assumida em consideração ao interesse individual do particular, e, ao mesmo tempo, ao interesse geral da coletividade, tem a característica de ser um direito público de obrigação com elementos indeterminados, mas determináveis, e o modo ou o critério em virtude do qual se faz a determinação, é o requerimento ou demanda da prestação dirigida ao Estado, em que todos os elementos da relação obrigatória vêm a individualizar ou determinarem-se.

**DEFINIÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO** - O direito de ação pode se definir, por conseguinte: *o direito de pretender a intervenção do Estado à prestação da atividade*

*jurisdiccional, para a declaração de certeza ou realização coativa dos interesses (materiais ou processuais) tutelados em abstrato por normas do direito objetivo.”.<sup>27</sup>*

A partir da teoria da ação no sentido abstrato, aceita em seu princípio básico, várias outras concepções foram surgindo, embora nem todas tivessem conseguido formar uma corrente expressiva. Algumas, na verdade, somente aderiram ao cerne do pensamento de Plósz e Degenkolb, qual seja a de que o direito de ação é abstrato, mas terminaram por se afastar dele quanto às demais conclusões.

Talvez a mais importante destas teorias seja a de Carnelutti. É que o seu conceito de lide possivelmente seja o mais conhecido e também o mais polêmico. Para ele “há lide quando alguém pretende a tutela de um interesse seu em contraste com o interesse de outro e este resiste a ele mediante a lesão do interesse ou mediante a discussão da pretensão.”.<sup>28</sup> E é a partir deste conceito que ele explica o direito de

---

<sup>27</sup> ROCCO, Ugo. op. cit., p. 271/272. A citação é tradução livre do seguinte texto em espanhol: “De todo el expuesto podemos deducir que el derecho de acción es un derecho público subjetivo individual del ciudadano frente al Estado, personificado por los órganos jurisdiccionales, perteneciente a la categoría de los derechos públicos subjetivos de obligación, que se llaman derechos cívicos. Tal derecho tiene, como elemento sustancial, el interés secundario y general del particular, en cuanto sujeto de derecho o persona, a la intervención del Estado para la eliminación de los obstáculos que, por una razón cualquiera (incertidumbre, inobservancia), se interponen a la realización de los intereses de derecho material (derechos subjetivos o situaciones jurídicamente relevantes), tutelados por el derecho objetivo. Objeto de tal derecho es la prestación de la actividad jurisdiccional por parte del Estado, a través de los órganos especiales a ello destinados, dirigida a la finalidad de declarar el derecho incierto o de realizar, mediante el uso de su fuerza colectiva, los intereses cuya tutela sea cierta. Este derecho público de obligación, como casi todos los derechos públicos que tengan por contenido la obligación del Estado a una prestación asumida en consideración al interés individual del particular, y, al mismo tiempo, al interés general de la colectividad, tiene la característica de ser un derecho público de obligación con elementos indeterminados, pero determinables, y el modo o el criterio en virtud del cual se hace la determinación, es el requerimiento o demanda de la prestación dirigida al Estado, en que todos los elementos de la relación obligatoria vienen a individualizarse y determinarse. DEFINICIÓN DEL DERECHO DE ACCIÓN. - El derecho de acción puede definirse, por consiguiente: *el derecho de pretender la intervención del Estado y la prestación de la actividad jurisdiccional, para la declaración de certeza o la realización coativa de los intereses (materiales o procesales) tutelados en abstracto por las normas de derecho objetivo.”.*

<sup>28</sup> CARNELUTTI, Francesco. Estudios de Derecho Procesal. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Volume II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, p. 13. Tradução livre do seguinte texto em espanhol: “Hay litis cuando uno pretende la tutela de un interés suyo en contraste con el interés de otro y éste resiste a él mediante la lesión del interés o mediante la discusión de la pretensión.”.

ação. Carnelutti somente está de acordo com a teoria da ação em sentido abstrato no que tange à desnecessidade da existência de um direito material para a manifestação do direito de ação.<sup>29</sup> Daí em diante sua teoria é totalmente inovadora. Primeiro explica o que entende por conflito de interesses, afirmando que as necessidades do homem são ilimitadas, mas os bens da vida capazes de satisfazer essas necessidades são limitados, surgindo um conflito toda vez que a satisfação de uma pretensão excluir a de outra necessidade. Surge, então, a lide que consiste no conflito de interesse qualificado pela pretensão de um interessado, a que se opõe outro interessado.<sup>30</sup> Se esses conflitos fossem resolvidos pela via da violência, impossível seria a vida em sociedade. Por isso, o ordenamento jurídico instituiu o processo, que é exatamente o instrumento através do qual se obtém a composição da lide. Assim, o fim específico do processo não é o interesse em conflito, mas, sim, esta composição. De outro lado, a solução do conflito, pela composição da lide, transforma-se em um interesse público ou coletivo.

A ação é exatamente o direito subjetivo de obter uma sentença sobre a lide deduzida no processo e não sobre o interesse em lide, decorrendo daí que a sentença pode ser contrária ao interesse. O interesse que move a ação, portanto, é o interesse geral na composição da lide e não o interesse individual que pertence à parte. Assim, o direito à ação é um interesse essencialmente público.

Carnelutti sustenta que o sujeito passivo do direito público processual é o juiz e não o Estado, porque a este também interessa aquela composição.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> CARNELUTTI, Francesco. op. cit. p., 18.

<sup>30</sup> CARNELUTTI, Francesco. p. 66-76. v., GOMES, Fábio Luiz. op. cit., p. 109; SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 156.

<sup>31</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Estudios...*, Volume I, p. 66-76; v., GOMES, Fábio Luiz. op. cit., p. 109-110; SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 154-155.

Outro autor que também adere ao pensamento de que o direito de ação não se liga à existência de um direito material, mas simplesmente à afirmação da pretensão é Emilio Betti. Mas somente este é o ponto de contato com a teoria desenvolvida por Degenkolb. Os demais aspectos são rebatidos, pois para ele a ação é um direito processual em face do adversário e não face ao Estado ou contra ele.<sup>32</sup>

### 3.6. Teoria Eclética

Partindo do que prelecionam as duas principais correntes acerca da teoria da ação: a que a vê como direito concreto e a que a entende como direito abstrato, Liebman afirma que ambas possuem falhas em seus enunciados. A primeira, como ponto mais importante, apresenta o inconveniente, já detectado pela segunda, que é o de conceder o direito de ação ao autor que tiver razão<sup>33</sup>; a segunda, por centrar sua visão na figura do juiz e não identificar propriamente a ação, mas a sua base, os pressupostos de Direito Constitucional, uma vez que ainda que ela se dirija contra o Estado (direito à jurisdição), não há contrapartida. Neste sentido, não há uma obrigação do Estado, porque a sua característica consiste em ser um direito de impulso e iniciativa ao desenvolvimento de uma função na qual também o Estado é interessado.<sup>34</sup> Propõe, então, a tentativa de uma nova síntese.

---

<sup>32</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *op. cit.*, p. 155.

<sup>33</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi...*, p. 46. v, GOMES, Fábio Luiz. *op. cit.*, p. 111-112.

<sup>34</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi...*, p. 45. v, SANTOS, Moacyr Amaral. *op. cit.*, p. 160-161.



A ação é, então o direito de provocar o exercício da jurisdição, mas deve ser entendida no sentido de direito de provocar o julgamento do pedido, ou seja, a decisão da lide, ou ainda, a análise do mérito.<sup>35</sup>

É preciso entender que para esse processualista o conceito de lide é diverso do de Carnelutti. Na mesma orientação de Calamandrei, a lide não pode ser conflito de interesse, uma vez que se este conflito não entrar para o processo tal como se verificou na vida real, não pode o juiz conhecer aquilo que não constitui o objeto do pedido. Lide, então, é o conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios. O conceito de mérito, por outro prisma, identifica-se com o de lide. Diz textualmente o autor: “Assim modificado, o conceito de lide torna-se perfeitamente aceitável na teoria do processo e exprime satisfatoriamente o que se costuma chamar de mérito da causa.”. Conclui, então: “Julgar a lide e julgar o mérito são expressões sinônimas que se referem à decisão do pedido do autor para julgá-lo procedente ou improcedente e, por conseguinte, para conceder ou negar a providência requerida.”.<sup>36</sup>

Já a jurisdição é para ele “a atividade dos órgãos do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica.”.<sup>37</sup>

Assim, ainda que a ação seja abstrata, no sentido de que o julgamento do pedido engloba as hipóteses de procedência ou improcedência, ela não é deferida a qualquer pessoa, porque há determinados requisitos, que denominou de “condições da ação”,

---

<sup>35</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos Sobre o Processo Civil Brasileiro. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 129.

<sup>36</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos..., p. 122.

<sup>37</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 7.

cuja ausência inviabiliza o exame do mérito, ou a decisão da lide, que são, por consequência, requisitos para a existência da ação.

As condições da ação, consagradas expressamente no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil brasileiro, são: a) a possibilidade jurídica do pedido, que corresponde à previsibilidade, pelo direito objetivo, da pretensão deduzida pelo autor; b) o interesse de agir, ou seja, a necessidade da tutela jurisdicional; e, c) a legitimidade, ou a exigência de que o autor seja um dos titulares da relação descrita na inicial. A primeira dessas condições é de ordem objetiva e as duas últimas de caráter subjetivo.

Estas condições foram buscadas na Teoria do Direito Concreto de Agir, como fica claro na seguinte lição de Alfredo Buzaid:

“A doutrina do direito concreto e a doutrina do direito abstrato na modalidade, construída por LIEBMAN, admitem condições da ação. Mas enquanto para a primeira as condições da ação são a existência do direito, a legitimidade e o interesse, já para a segunda a primeira condição (*existência do direito*) é substituída pela *possibilidade jurídica*, entendida como a possibilidade para o juiz, na ordem jurídica a que pertence, de pronunciar a espécie de decisão requerida pelo autor”.<sup>38</sup>

Para a teoria eclética, portanto, quando da análise das condições da ação o juiz não exerce função jurisdicional, mas realiza uma atividade preliminar de verificação sobre a possibilidade de o pedido ser objeto de uma atividade jurisdicional. Neste sentido diz Liebman:

“O pedido do autor, para merecer a atenção do juiz, deve oferecer alguns requisitos, cuja falta autoriza o juiz a recusar-lhe o conhecimento. As condições da ação, portanto, são os requisitos que a lide deve possuir para poder ser julgada. Eles dizem respeito às relações entre a lide e o conflito de interesses que a fez surgir, porque a lide só pode ser decidida se for adequada e apropriada àquele conflito”.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> BUZAID, Alfredo. Grandes Processualistas. São Paulo: Saraiva, 1982., p. 24-25.

<sup>39</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos... p. 124.

Ao lado destas condições, Liebman coloca outros requisitos para a existência da ação, os chamados pressupostos processuais, “que são circunstâncias subjetivas e objetivas que constituem os requisitos para que o processo, tal como foi proposto, se apresente adequado e apropriado à lide...”, em cuja análise o juiz também não está exercendo a jurisdição, mas atividade de análise prévia das possibilidades de instauração ou de prosseguimento do processo.<sup>40</sup>

A teoria de Liebman sobre a ação teve singular repercussão no Brasil, pois tendo ele ter morado aqui, houve a oportunidade um contato muito próximo com grande parte dos processualistas brasileiros, tendo sido, inclusive, professor de muitos deles. Sabe-se que Alfredo Buzaid, principal elaborador do Código de Processo Civil, declara-se discípulo de Liebman, afirmando que o Mestre Italiano “é o fundador da ciência processual brasileira”.<sup>41</sup> Em outro momento, demonstra, também, a grande influência de Liebman no Código de Processo Civil vigente.<sup>42</sup> Daí a relevância do estudo de seu pensamento.

### **3.7. Retorno à Teoria do Direito Abstrato de Agir**

Uma importante crítica à teoria desenvolvida e difundida no Brasil por Liebman foi formulada por Fábio Luiz Gomes, Professor de Processo Civil da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Sem propor uma nova teoria, já que entende a ação como “exercício do direito subjetivo público perante o Estado, com o

---

<sup>40</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos... p. 123.

<sup>41</sup> BUZAID, Alfredo. op. cit., p. 3-5.

<sup>42</sup> BUZAID, Alfredo. op. cit., p. 20.

objetivo de que este preste a tutela jurisdicional”, o que o coloca entre os seguidores da ação como direito abstrato de agir, o autor apresenta uma crítica contundente à teoria eclética e, ao mesmo tempo, uma sustentação vigorosa da concepção que defende, que não pode mais deixar de ser considerada em qualquer trabalho que enfrente a matéria em análise.

O primeiro dos vícios insuperáveis que identifica na construção de Liebman é o da tentativa de conciliar duas teorias inconciliáveis, estabelecendo uma zona comum entre elas, através das denominadas condições da ação. Essa concepção termina por criar, também, uma zona comum entre dois planos totalmente distintos no âmbito do direito: o plano do direito material e o do direito processual. Relativamente a esta confusão, esclarece o autor:

**“Na verdade, a relação jurídica processual que se estabelece entre autor-juiz-réu não pode ser confundida com a relação de direito material posta à apreciação do órgão jurisdicional, pois elas têm sujeitos, causa e objeto diversos. E erigir as condições da ação em ‘elo’ dessas duas realidades só é possível através de um legítimo ‘faz-de-conta’, como admite indiretamente J. C. BARBOSA MOREIRA ao sustentar que ao perquirir sobre as mesmas o juiz ‘deve raciocinar como quem admita, por hipótese e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para a ocasião própria (juízo de mérito) a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória’”**<sup>43</sup>

O raciocínio dos adeptos da Teoria Eclética, por outro lado, está fundado no plano do direito material. Exemplo disso é a extremada preocupação com as hipóteses em que o juiz teria que jurisdicionar em razão de pedidos “manifestamente injurídicos”. É que do ponto de vista processual só se pode falar em pedido injurídico após a sentença, isto é, após a ação, e nunca em uma análise prévia, que impeça a sua ocorrência.

---

<sup>43</sup> GOMES, Fábio Luiz. op. cit., p. 117.

Observa o autor, ainda, com apoio no pensamento de Ovídio Araújo Baptista da Silva, que na perspectiva do Direito Processual “mesmo uma relação decorrente do processo, ou de uma questão meramente processual, quando posta à apreciação do órgão jurisdicional e constituir a ‘res deducta’ há de ser tratada como pertinente ao direito material”.<sup>44</sup> Com isso, pretende demonstrar a nítida diferença existente entre os planos de direito material e processual e inexistência de “zona comum” entre eles.

Sabidamente, o Código de Processo Civil brasileiro consagrou, em seu artigo 267, VI, as condições enunciadas por Liebman, considerando carente de ação (artigo 301, X) aquele que deduz em juízo pedido que não preencha essas condições. No entanto, critica Fábio Gomes aqueles que, concordando com a afirmativa de que a teoria eclética é equivocada, rendem-se ao direito legislado.

O fato de tais condições estarem consagradas no ordenamento jurídico não é suficiente para que todos as reverenciem, porque “estamos frente a uma realidade que enseja um exame conforme ela própria, e não consoante outra criada pela lei; e esta não tem força para mudar uma realidade evidente.”.<sup>45</sup>

Calmon de Passos não encontra nenhuma diferença entre a impossibilidade da tutela jurisdicional em abstrato e aquela pretendida no caso concreto, e demonstra a insubsistência da formulação referente à possibilidade jurídica do pedido, com o seguinte exemplo: um pedido de usucapião em que o autor solicita a declaração da aquisição da propriedade, deixando claro que está na posse da área em prazo inferior àquele previsto para a prescrição aquisitiva, configuraria, na sistemática do Código de

---

<sup>44</sup> GOMES, Fábio Luiz. op. cit., p. 118. v., SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo. Pretensão de Direito Material e Ação. Revista AJURIS, nº 29, Ano X - novembro, 1983, p. 54.

<sup>45</sup> GOMES, Fábio Luiz. op. cit., p. 122.

Processo Civil vigente, carência da ação pela impossibilidade jurídica do pedido. Agora, se o mesmo autor afirma na inicial que se encontra na posse do imóvel durante tempo superior àquele exigível para a aquisição da propriedade, terá superado a análise prévia dessa condição para a ação, ainda que no curso da ação venha a ficar provado que o período de tempo é inferior ao exigível para a aquisição da propriedade pelo usucapião, ou seja, prazo exatamente igual ao do primeiro exemplo. Conclui o Professor Baiano que não há nenhuma diferença entre as duas situações.<sup>46</sup>

Sobre a condição da ação denominada legitimidade para a causa, vale transcrever, para sublinhar, o pensamento de Fábio Gomes:

“Inaceitável, da mesma forma, atribuir-se a qualidade de condição da ação ao requisito da legitimidade para a causa. Já foi visto que esta corresponde à identidade das partes (sujeitos da relação processual) com os titulares da relação do direito material posta à apreciação do juiz. Aqui o equívoco transparece com maior nitidez ainda, pois os próprios defensores da teoria eclética não colocam dúvidas no sentido de que o conceito de parte deve ser buscado apenas no âmbito da relação processual. A contradição resta evidente. Ora, se a parte legítima é a titular, no polo passivo ou ativo, da relação de direito material, e esta não se confunde com a relação jurídica processual, como identificá-las a não ser caindo na teoria do direito concreto? Em verdade, sendo parte um conceito de processo com o qual identificamos autor e réu, não se há falar em parte processualmente ilegítima; a própria identificação das partes exige, como pressuposto, um processo pendente. Aliás, ninguém discute que só por negação chegue-se ao conceito de terceiro, e que não se confundem o terceiro frente a uma relação de direito material e frente ao processo. Não se deram conta os seguidores de LIEBMAN que quando falam em ‘parte ilegítima’, na realidade afirmam que a referida parte não é ‘parte’, como também que verdadeira ‘parte’ não é sujeito do processo.”<sup>47</sup>

Para finalizar a crítica ao primeiro ponto, diz o doutrinador que é também equivocada a concepção que vê no denominado interesse de agir uma condição para a ação, uma vez que perquirir-se sobre a necessidade ou desnecessidade da prestação jurisdicional solicitada no pedido diz respeito a ponto pertinente à relação substancial.

---

<sup>46</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Em torno das condições da ação - A possibilidade jurídica do pedido. Revista de Direito Processual Civil, nº 4, 1964, p. 31.

<sup>47</sup> GOMES, Fábio Luiz. op. cit., p. 122-123.

Exemplifica da seguinte forma: “Se determinado credor propuser uma ação de cobrança contra um devedor e este alegar que o autor possui importância em seu poder suficiente para compensar o crédito, **sem necessidade** de fazê-lo judicialmente, restaria ausente o interesse processual”. E conclui: “para que a ausência de interesse restasse provada, só o exame da relação jurídica substancial permitiria. Não estamos frente a uma relação jurídica processual, portanto”.<sup>48</sup>

Um outro ponto falho na Teoria Eclética foi o de confundir ação com pretensão e, via de consequência, conferir o direito de ação também ao réu.<sup>49</sup> Efetivamente, entre os adeptos da Teoria Eclética, Galeno Lacerda talvez seja o que deixa mais evidente o entendimento de que o réu tem também o direito de ação, como se depreende da seguinte manifestação:

“Eis por que, do ponto de vista processual, a distinção entre autor e réu, no processo civil de cognição, reduz-se fundamentalmente a mera questão de iniciativa. Dos sujeitos em lide, ambos titulares da ação, será, no caso concreto, autor aquele que ajuizar em primeiro lugar a demanda que lhe compete.”<sup>50</sup>

Para refutar a afirmação de que o réu teria também o direito de ação, ensina Fábio Gomes que os fenômenos direito subjetivo, pretensão e ação ocorrem nos dois planos do direito (material e processual), mas são diversos em sua ocorrência no âmbito de cada um deles. No plano do direito material, o direito subjetivo, em conceito clássico, “corresponde a uma situação favorável na qual se encontra determinada pessoa em relação a outra, por força da incidência do direito objetivo sobre a relação

---

<sup>48</sup> GOMES, Fábio Luiz. op. cit., p. 123.

<sup>49</sup> Embora não seja essa a ordem seguida por Fábio Gomes, é preferível fazer uma inversão, uma vez que a confusão entre os planos do direito material e do direito processual determinam, como no caso das condições da ação, a confusão entre pretensão e ação.

<sup>50</sup> LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. VIII volume. Tomo I. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 41.

entre elas mantida.”, como é caso de quem é credor de uma nota promissória cujo prazo ainda não venceu; a pretensão é a “posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”, como ocorre após o vencimento da promissória mencionada acima; e, por fim, a pretensão que será a de compelir o devedor a cumprir a prestação a que está obrigado, o que poderia se dar por força própria do credor, como ocorre no caso do desforço imediato previsto no artigo 502 do Código Civil, se não houvesse o Estado proibido a autotutela. No plano do direito processual, o direito subjetivo decorre da necessidade de substituição da ação de direito material, ou seja, a autotutela, por um instrumento para cobrar do Estado a jurisdição de que ele se tornou devedor; a pretensão processual é entendida como o estágio intermediário entre o direito subjetivo processual “enquanto estado inerme e o efetivo exercício do mesmo perante o Estado”; já a ação “corresponde ao agir”, ou seja, “à atitude tomada perante o Estado por aquele que antes pretendeu, mas agora se torna **autor**, justamente por ter agido”.<sup>51</sup>

Diante de tais considerações, vê-se que não se pode confundir direito subjetivo, pretensão e ação. Quando se faz a diferença entre pretensão e ação que, embora não se excluam, são conceitos distintos, não há como sustentar que o réu tenha direito de ação. Ainda que o réu tenha pretensão à tutela jurídica, ele não age, mas reage à ação.

Outra crítica à teoria dominante no Brasil é a de ter reduzido o campo da atividade jurisdicional. Para Liebman, lembre-se, o momento da análise das condições da ação o juiz não exerce jurisdição, mas simplesmente verifica se a ação é possível. Assim, a decisão proferida neste momento processual não fica acobertada pela coisa

---

<sup>51</sup> GOMES, Fábio Luiz. op. cit., p. 125-126.



julgada, como fica expressamente consignado no artigo 268 do Código de Processo Civil.

Fica sem explicação que atividade é essa desenvolvida pelo juiz até o momento do reconhecimento da ausência da condição da ação, uma vez que ela não se encontra entre as funções executiva, legislativa ou judiciária. Logo, assim como a teoria do direito concreto não conseguiu explicar a ação no caso de uma sentença desfavorável, a teoria eclética não consegue superar a questão da ausência das condições da ação; em especial, se eventualmente a ausência de uma delas for reconhecida em grau de recurso. O que ocorreria com toda a atividade processual desenvolvida até então?

Victor Fairén Guilen diz que a Teoria Eclética não explica se no momento processual em que o juiz verifica a ocorrência as condições da ação estar-se-ia frente a um processo ou não. A consequência de uma resposta positiva seria a duplicação da teoria geral do processo, posto que deveria haver uma teoria para os processos com ação e outra para os processos sem ação.<sup>52</sup>

Esta mesma crítica é válida para a análise feita pelo juiz no momento da verificação dos pressupostos processuais.

#### **4. Do direito de ação no Processo Civil, conforme entendimento da doutrina dominante no Brasil.**

Ainda que se tenha que concordar com Fábio Luiz Gomes e aceitar o direito de ação no Processo Civil como um direito abstrato, que não pode ser limitado pela ausência de boa-fé (como queria Degenkolb), far-se-á a seguir a mera descrição dos

---

<sup>52</sup> GOMES, Fábio Luiz. op. cit. p., 119.

conceitos que operam no interior da teoria da ação, conforme entende a doutrina dominante entre os processualistas brasileiros. Tais conceitos são importantes para o entendimento da sustentação que será feita nos Capítulos seguintes.

#### **4.1. Conceito e natureza jurídica da Ação.**

Na doutrina, o direito de ação é entendido como o direito subjetivo público, exercido contra o Estado, para que este preste a jurisdição em um caso concreto.

Moacyr Amaral Santos explica que, em sendo direito subjetivo público, distinto do direito subjetivo privado, sem que este seja pressuposto daquele, tem a característica de ser abstrato; é genérico porque é sempre o mesmo, não varia; e tem por sujeito passivo o Estado, devedor da prestação jurisdicional.<sup>53</sup>

Está claro que, em sua natureza jurídica, o direito de ação é um direito subjetivo público. No mesmo sentido ensina José Frederico Marques: “A ação, portanto, é direito público subjetivo, uma vez que é dirigido contra o Estado”.<sup>54</sup>

#### **4.2. Elementos da Ação**

Os elementos da ação é que oportunizam a sua individualização e, por consequência, sua identificação, tema da maior relevância em institutos como a litispendência e a coisa julgada.

O artigo 301, § 2º, do Código de Processo Civil, estabelece: “Uma ação é idêntica a outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo

---

<sup>53</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *op. cit.*, p. 162.

<sup>54</sup> MARQUES, José Frederico. *op. cit.*, p. 170.

pedido”. Assim, são elementos individualizadores da ação as partes, o pedido e a causa de pedir.

#### **a. Partes**

Já se tornou clássica a definição de partes como aquela que pede e aquela contra quem ou face a quem se pede uma prestação jurisdicional. Estas pessoas correspondem ao sujeito ativo e ao sujeito passivo da relação processual. Vicente Greco Filho observa que nem sempre se pode identificar as partes visualizando-se as pessoas presentes nos autos, uma vez que é preciso verificar a qualidade com que alguém está litigando. Nem sempre ocorre - embora seja o mais comum -, de alguém estar litigando direito próprio em nome próprio. É que em determinados momentos é possível que alguém litigue em nome próprio direito de outrem, no caso do substituto processual; ou pode estar litigando por intermédio de outrem, no caso do representante. A análise de cada uma das hipóteses vai influir na identificação das partes e, por consequência, na identificação da ação.<sup>55</sup>

Amaral Santos observa que em casos mais simples a ação abrange uma única lide, com uma única pretensão, estando, assim, em cada pólo, ativo e passivo, uma única pessoa. Mas pode ocorrer de a ação envolver várias lides, como ocorre nas obrigações solidárias, em que o credor deduz seu pedido contra vários devedores solidários, caso em que as partes são duas, posto que estão nos pólos ativos e passivos da relação processual, mas são diversos os sujeitos passivos das várias lides.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 89.

<sup>56</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *op. cit.*, p. 165.

### **b. Pedido.**

O pedido é o objeto da ação. É, portanto, a matéria sobre a qual será prestada a jurisdição. É a solicitação de que o Estado-juiz tutele um interesse, seja ele de ordem material ou imaterial.

Os doutrinadores<sup>57</sup> o dividem em *pedido imediato* e *pedido mediato*. O pedido imediato corresponde ao tipo de prestação jurisdicional que é solicitada, ou seja, sentença condenatória, declaratória ou constitutiva, ou, ainda, providência executiva, cautelar ou preventiva. O pedido mediato é que se identifica com a definição dada anteriormente; é a proteção de um bem material ou imaterial buscada com a prestação jurisdicional. No entanto, observa Amaral Santos, “Nas chamadas ações meramente declaratórias (...), o pedido mediato se confunde com o pedido imediato, porque na simples declaração da existência ou inexistência da relação jurídica se esgotam a pretensão do autor e a finalidade da ação.”<sup>58</sup>

### **c. Causa de pedir.**

É consagrada a expressão **causa petendi** para designar a causa de pedir. No entanto, o Código de Processo Civil, em seu artigo 282, III, prefere chamá-la de “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”. Com esta definição, o Código vigente adotou a denominada “teoria da substanciação”, ou seja, o pedido deve abranger tanto a sua causa próxima, correspondente aos fundamentos jurídicos que justificam e autorizam o pedido, como a sua causa remota. Esta representa as circunstâncias fáticas que geram o

---

<sup>57</sup> v., p.e., SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 165-166; MARQUES, José Frederico. op. cit., p. 179.

<sup>58</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 165-166; ver também MARQUES, José Frederico. op. cit., p. 179; GRECO FILHO, Vicente. op. cit., p. 89.

direito de pedir. Importante observar que em outros diplomas processuais tem vigência a “teoria da individualização”, para a qual basta a afirmação da relação jurídica fundamentadora do pedido para a caracterização da ação.<sup>59</sup>

#### **4.3. Condições da Ação**

Conforme já explicitado, por influência da Teoria Eclética, o Código de Processo Civil estabelece três condições para que exista a ação: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade para agir, especialmente para que este direito não se transforme em abuso, ou seja, não venha a ser exercido sem que o pedido do autor tenha uma conexão com um caso concreto.<sup>60</sup> José Frederico Marques ensina que ausente uma das condições da ação, o Estado não prestará a tutela jurisdicional, “porquanto, em tal hipótese, ainda que exista litígio configurável juridicamente, o juiz não poderá solucionar”.<sup>61</sup>

##### **a. Possibilidade jurídica do pedido.**

Para que o pedido do autor possa ser analisado pelo juiz e sobre ele recaia a prestação jurisdicional, é necessário que a pretensão por ele veiculada seja tutelada por norma de direito objetivo. Diz Amaral Santos: “Possibilidade jurídica é condição que diz respeito à pretensão. Há possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão, em abstrato, se inclui entre aquelas que são reguladas pelo direito objetivo”.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *op. cit.*, p. 166-167; MARQUES, José Frederico. *op. cit.*, p. 179-180; GRECO FILHO, Vicente. *op. cit.*, p. 90-92.

<sup>60</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *op. cit.*, p. 169-170.

<sup>61</sup> MARQUES, José Frederico. *op. cit.*, p. 181.

<sup>62</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *op. cit.*, p. 172.

Logo, se o autor deduz em juízo um pedido que não encontra correspondência com alguma norma do direito objetivo ou é por este proibido, não há possibilidade jurídica de recair a prestação jurisdicional sobre este pedido.

#### **b. Legitimidade.**

Também denominada “qualidade para agir”, “legitimação para agir”, ou, ainda, na expressão latina “**legitimatio ad causam**”, essa condição da ação significa, na lição de Frederico Marques, a “existência de pretensão subjetivamente razoável”.<sup>63</sup> Os doutrinadores ensinam que nem todas as possibilidades de lides existentes no mundo estão ao dispor de cada um dos cidadãos, uma vez que somente podem demandar os que sejam titulares da relação de direito material deduzida em juízo.

A legitimidade para a causa envolve uma bilateralidade, tendo em vista que o autor deverá ter uma pretensão subjetivamente adequada em relação ao objeto do pedido, o que caracteriza a legitimidade ativa; e o réu deve, por força da ordem jurídica, submeter-se às consequências da demanda, configurando a legitimidade passiva.<sup>64</sup>

A regra geral é que somente os titulares da relação jurídica de direito material deduzida em juízo são legitimados para demandar. Neste caso, a legitimação denomina-se ordinária. Ocorre, no entanto, que em algumas oportunidades a lei autoriza alguém vir a juízo, em nome próprio, defender interesse ou direito de terceiro. Esta hipótese está regulada no artigo 6º do Código de Processo Civil, que dispõe: “Ninguém poderá pleitear em nome próprio, direito alheio, salvo quando

---

<sup>63</sup> MARQUES, José Frederico. op. cit., p. 183.

<sup>64</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 173; MARQUES, José Frederico. op. cit., p. 183-184; GRECO FILHO, Vicente. op. cit., p. 77.

autorizado em lei”. É o que a doutrina chama de legitimação extraordinária, denominada por Chiovenda de “substituição processual”.<sup>65</sup> A legitimação extraordinária não se confunde com a representação processual, uma vez que nesta hipótese a parte é o representado, exercendo o representante somente a atividade processual em nome dele.

**c. Interesse de agir.**

O interesse de agir é um interesse secundário, instrumental, de natureza processual, que não se confunde com o interesse de direito material, que diz respeito ao bem jurídico pretendido pelo autor. Frederico Marques diz que “Interesse de agir significa existência de pretensão objetivamente razoável”.<sup>66</sup> Greco Filho define: “O interesse processual é, portanto, a necessidade de se recorrer ao Judiciário para a obtenção do resultado pretendido, independentemente da legitimidade ou legalidade da pretensão”. Observa, ainda, que não se indaga se o pedido é legítimo ou ilegítimo, se é moral ou imoral, mas somente se o autor necessita efetivamente da tutela jurisdicional para obter o que pretende.<sup>67</sup>

**d. Ausência das condições da Ação.**

A ausência de qualquer das condições da ação, na sistemática do Código de Processo Civil brasileiro (artigo 267, VI), leva a que o juiz deva extinguir o processo sem o julgamento do mérito, julgando o autor “carecedor da ação”.

---

<sup>65</sup> GRECO FILHO, Vicente. op. cit., p. 90-92.

<sup>66</sup> MARQUES, José Frederico. op. cit., p. 182.

<sup>67</sup> GRECO FILHO, Vicente. op. cit., p. 80.

## **5. Em síntese.**

Como se pôde verificar, em sede de Processo Civil, a ação é sempre pensada, como aliás, não poderia ser diferente, sob o prisma de um direito subjetivo, isto é, como um direito de cada um.

Mais: no pensamento da doutrina dominante no Brasil, este direito somente pode ser exercitado por quem demonstrar, de forma instrumental e provisória, que a sua pretensão é objetiva e subjetivamente razoável. Com isto, para cumprir o primeiro requisito, é necessário que o autor tenha necessidade de provocar a prestação jurisdicional para a defesa de um direito ou interesse que seja viável no plano objetivo; para cumprir a segunda exigência, é mister que aquele que pede e aquele contra quem ou em face de quem se pede a prestação jurisdicional sejam os prováveis titulares da relação jurídica de direito material, sobre a qual deve recair a prestação jurisdicional.

Toda esta gama conceitual, no entanto, é inapropriada para o âmbito da ação civil pública, como se pretende demonstrar no Capítulo seguinte. Demonstrar o acerto desta afirmativa, é justamente o propósito do capítulo seguinte.



## **CAPÍTULO III**

### **DO DIREITO DE AÇÃO NO ÂMBITO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

#### **1. Considerações iniciais.**

É chegado o momento de responder a questão: sendo a ação civil pública um instrumento que serve de abertura para a via de acesso de comunicação entre a Sociedade Civil e o Estado, pode ela ser entendida e perfeitamente visualizada através dos esquemas conceituais utilizados para definir e entender o Processo Civil?

Torna-se possível responder, sem qualquer dúvida que, efetivamente, os conceitos aplicados à teoria geral do Direito Processual Civil são inaplicáveis no âmbito da Ação Civil Pública; não só por uma simples alteração de concepção, mas porque são instrumentos totalmente diversos.

Sabidamente, consiste um verdadeiro truísmo, nos dias atuais, a afirmação de que é necessário encontrar-se outro instrumental teórico para definir e entender os conceitos jurídicos decorrentes da profunda modificação, no relacionamento entre Estado e Sociedade Civil, e todos os conflitos que, em razão disso, ocorrem no interior de ambos.

Mauro Cappelletti, há muito tempo já afirmava:

“...Nos estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigentes. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era de que, embora o acesso à justiça pudesse ser ‘um direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática.

“...Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento das alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva - com frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos da análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.”.<sup>1</sup>

Alguns doutrinadores brasileiros, antes mesmo da entrada em vigor da Lei nº 7.347/85, já haviam enunciado que uma grande modificação deveria operar na sistemática processual, diante da necessidade de tutelar direitos e interesses até então ignorados no direito legislado. Ada Pellegrini Grinover já ensinava:

“... a tutela jurisdicional dos interesses difusos exige uma superação do modelo tradicional do processo, com a adoção de novas técnicas que permitam a proteção adequada de interesses metaindividuais. Como nota Barbosa Moreira, tem sabor de lugar-comum a observação de que a estrutura clássica do processo civil corresponde a um modelo concebido e realizado para acudir fundamentalmente à situação de conflito entre interesses individuais...”.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988, p. 9-13.

<sup>2</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. in, A Tutela dos Interesses Difusos. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984, p. 36-37

A principal inadequação está justamente no conceito de ação. Esta impropriedade tem uma dupla justificativa: a) o conceito de ação utilizada no Processo Civil não pode ser o mesmo conceito definidor da Ação Civil Pública, em razão da modificação da concepção teórica e constitucional sobre o Estado ; b) os direitos e interesses que são ou podem ser objeto da ação civil pública inserem-se em uma outra ordem, diversa do direito de cunho individualista-liberal, objeto da ação característica da ciência processual civil.

Uma vez fixado que o denominado direito de ação à Ação Civil Pública não pode ser entendido da mesma forma como o direito de ação de cunho individualista, tanto em razão da realidade do Estado contemporâneo, quanto em razão da gama de direitos e interesses protegidos, há de se ter presente que os demais conceitos que operam no interior desta ação também são de outra ordem, assim como o são outros de ordem processual.

Interessa, neste Capítulo, no entanto, uma análise sobre a teoria da Ação Civil Pública. Fica para o próximo o estudo de alguns dos conceitos de ordem processual.

## **2. Do Direito de ação e sua relação com a teoria do Estado.**

Antes de mais nada é preciso lembrar a profunda correlação do Direito - entendido como positivismo - com o Estado (ou com a forma de Estado), na teoria jurídica tradicional. Kelsen já ensinava:

“A identificação do Estado com a Constituição corresponde ao preconceito do Estado reduzido à lei. Mas o certo é que o problema da forma do Estado, com questão relativa ao método da criação do Direito, não só se apresenta ao nível da Constituição e, portanto, não só se levanta relativamente à actividade legislativa, como também se põe a todos os níveis da criação jurídica e, especialmente, com referência aos diversos casos

de fixação de normas individuais: actos administrativos, decisões e tribunais, negócios jurídicos.”.<sup>3</sup>

Como lembra Luiz Fernando Coelho: “... O Estado moderno define-se em função de sua competência de produzir o direito e a ele submeter-se, ao mesmo tempo em que submete as ordens normativas setoriais da vida social.”.<sup>4</sup> Ou, no nos dias atuais, observa José de Oliveira Ascensão, “Para muitos autores, Direito e Estado estão de tal modo entrelaçados que o Direito apareceria como uma espécie de epifenômeno.”.<sup>5</sup>

Entretanto, para além dessa correlação entre Estado e Direito<sup>6</sup>, há, em outro nível, uma estreita relação entre os conceitos de Ação e de Estado, embora esta circunstância nem sempre seja levada em conta, no estudo do primeiro instituto. Basta, todavia, verificar a justificativa apresentada pelos doutrinadores para a existência de tal direito, para que se visualize claramente o afirmado liame entre os dois conceitos.

---

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 4 ed. Coimbra: Arménio Amado - Editor, 1979, p. 378.

<sup>4</sup> COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito. Curitiba: Livros HDV, 1987, p. 258.

<sup>5</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito : Introdução e teoria geral : uma perspectiva Luso-Brasileira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 43.

<sup>6</sup> Fazem-se necessárias aqui duas observações importantes. Em nenhum momento se está perdendo de vista as diversas acepções a que remete o termo “Direito”, uma vez que para tanto alerta Jesus Antonio De La Torre Rangel (v., RANGEL, Jesus Antonio De La Torre. Conflictos y uso del derecho : caso aguascalientes, 1977-1988. México: Editorial JUS, 1988, p. 13/14). De outro lado, o afirmado não se constitui uma concordância com o positivo e, por consequência, com o monismo jurídico e nem mesmo se está pressupondo um pensamento jurídico monolítico e redutor. Pelo contrário, o autor do trabalho sabe que esse entendimento está superado, conhece e concorda com o pensamento dos juristas que identificam e reconhecem outras instâncias jurídicas existentes no âmbito da Sociedade Civil e com as práticas jurídicas comprometidas com os movimentos sociais. A afirmação feita no texto é descrição do senso comum teórico dos juristas tradicionais. Não se perca de vista que todo o trabalho se desenvolve na textura da dogmática jurídica, mas tem por finalidades denunciar o prejuízo que esse senso comum tem causado na utilização do instrumento político-jurídico em análise e propor uma forma de superação.

Vicente Greco Filho ensina que “Desde o momento em que o Estado instituiu a proibição da justiça privada, foi outorgado aos cidadãos o direito de recorrer a órgãos estatais para a solução de seus conflitos de interesse”.<sup>7</sup>

No mesmo sentido e com muito mais ênfase, leciona Moacyr Amaral Santos:

“A lide perturba a paz social, convindo a esta que se componha com brevidade, isto é, que se resolva o conflito segundo a ordem jurídica, restabelecendo-a. Vedada que é a autodefesa (salvo naqueles pouquíssimos casos em que a lei a permite, como já vimos) e dado que o Estado reservou para si, como um dos seus poderes, a função jurisdicional, cabe-lhe, no exercício dessa função, dirimir a lide com justiça, ou seja, conforme a vontade da lei reguladora do conflito.”<sup>8</sup>

Partindo-se do entendimento já sedimentado de que a ação é o instrumento através do qual se provoca a jurisdição e de que esta é a atividade através do qual o Estado resolve os litígios ocorrentes entre os indivíduos com a finalidade de pacificar a convivência social, não é difícil verificar que o entendimento sobre o que seja a ação, e, por consequência, o direito de exercitá-la, deve ter íntima relação com a concepção que se tenha do Estado.

A substancial modificação, tanto na doutrina política, como na estrutura constitucional do conceito de Estado, gerou a necessidade de um outro direito de ação, de outra natureza, que oportunizasse a busca de uma prestação jurisdicional para tutelar interesses e direitos diversos daqueles que eram os únicos vigentes no interior do estado de cunho eminentemente individualista.

Como ficou demonstrado no primeiro Capítulo, de Maquiavel até Hegel, os pensadores políticos tinham uma concepção do Estado que excluía a Sociedade Civil e, mais do que isso, a noção de Sociedade Civil era contraposta à do Estado, sendo ela

---

<sup>7</sup> GRECO FILHO, op. cit., p. 75.

<sup>8</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit. p. 148.

entendida como uma soma de individualidades. Aliás, na visão do Estado como um contrato, ou pacto, o fundamento básico é sempre o individualismo. Então, a Sociedade Civil e o Estado são, em última análise, somas de individualidade.

As Constituições do Estado moderno estabelecem uma estrutura de organização do poder e contêm uma declaração das garantias individuais dos cidadãos. Estes direitos fundamentais, de índole individualista, são, na verdade, a garantia da sociedade burguesa separada do Estado, como afirmou Bobbio.<sup>9</sup>

No entanto, na doutrina sobre o Estado contemporâneo passa a vigorar, cada vez mais, uma concepção de Estado comprometido com os direitos sociais, que “representam a via por onde a sociedade entra no Estado, modificando-lhe a estrutura formal”.<sup>10</sup> Já foi salientado, mas não custa repetir, que a visão do Estado, na doutrina contemporânea, é a de que ele “não é formado por homens mas atividades humanas”, segundo Heller<sup>11</sup>; ou, que ele “Não é um homem ou grupo de homens”, mas um conjunto de “instituições combinadas em uma máquina altamente aperfeiçoada”, como quer Jacques Maritain.<sup>12</sup>

Especialmente, após as Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, do ponto de vista de sua estrutura constitucional, o Estado sofreu, na prática, uma modificação, uma vez que se voltou para uma função de reconhecimento e proteção dos direitos sociais.

---

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto; et al.. op. cit., p. 401.

<sup>10</sup> ver acima, BOBBIO, Norberto. Capítulo 1, p. 21.

<sup>11</sup> ver acima, Capítulo 1, p. 19.

<sup>12</sup> ver acima, Capítulo 1, p. 19.

É necessário abrir um parêntese para esclarecer que, quando se afirma que o Estado modificou-se para orientar-se no sentido de uma função social, não se está dizendo que não há mais espaço em seu interior para a individualidade. Pelo contrário, no Estado contemporâneo as liberdades e garantias individuais tiveram e continuam a ter seu lugar e até mesmo têm evoluído, como se pode ver, exemplificativamente, na disciplina que recebeu no âmbito da Constituição Federal do Brasil de 1988. O que ocorreu, insista-se, é que o Estado contemporâneo, cumulativamente com os denominados direitos fundamentais do cidadão, veio reconhecer e garantir uma gama de direitos até então não enunciados, quais sejam, os direitos sociais e, especialmente, os coletivos, que são aqueles direitos que se manifestam no âmbito da Sociedade Civil, enquanto coletividade.

O conceito do direito de ação do Processo Civil, com finalidade de resolução de conflitos intersubjetivos, não contempla essa evolução do Estado, posto que esta não é efetivamente o espectro de sua abrangência. O Estado perde a sua marca eminentemente individualista, mas o direito de ação continua a levar em consideração somente as relações individuais. Basta rever o Capítulo Segundo para chegar-se a tal conclusão.

Os estudos sobre o direito de ação têm como marco a doutrina de Savigny, em meados do século XIX. Partindo da análise da *actio* romana, este autor enunciou o direito de ação como uma decorrência da violação de um direito material. É evidente que a visão de Savigny sobre o direito de ação era individualista, pelo próprio fato de

ele identificar esse direito com o exercício do próprio direito material, obviamente de cunho individualista.

É Muther que, pela primeira vez, em 1857, afirma que o direito de ação é o direito de invocar a tutela jurisdicional do Estado, colocando às claras o que já estava presente, ainda que não enunciado, no pensamento de Savigny e Windscheid. Mas ainda aqui o direito de ação é identificado com o direito material, individual.

Wach, em 1885, também entende o direito de ação como direito de invocar a prestação jurisdicional, afirmando que o direito de ação não se identifica com o direito material, mas, em seguida, diz que aquele decorre deste, exceto no caso da ação declaratória negativa. A desvinculação do direito de ação do direito material não escapa da ótica individual, em razão de ter aquele como um direito decorrente deste.

Para Plósz e Degenkolb, em 1876 e 1877, o direito de ação é totalmente desvinculado do direito material, pois é um direito subjetivo exercitado contra o Estado. Esta concepção leva em conta a postulação de direitos individuais e nasce em um momento em que ainda não está totalmente sedimentada a idéia do Estado contemporâneo e quando, no Direito, ainda vigorava a divisão tradicional entre direito público e direito privado.

Segue a mesma senda a teoria eclética que, como visto anteriormente, simplesmente pretendeu conciliar as teorias do direito concreto e do direito abstrato de agir. Aliás, sob o ponto de vista em análise, houve com esta teoria um certo retrocesso, já que ela volta a fazer uma ligação entre os planos do direito material e processual. Importa anotar, a sua vocação para a defesa de direitos de cunho individual.



Nem mesmo Fábio Luiz Gomes, que adere à teoria do direito abstrato de agir, criticando somente o requisito da boa-fé, exigido para o seu exercício, traz um conceito de ação que vá além do direito subjetivo público.

Os manuais de Direito Processual Civil são uníssonos em definir o direito de ação como um direito subjetivo público, de exigir do Estado a prestação jurisdicional.

Como exemplo, vejam-se as seguintes definições: Moacyr Amaral Santos ensina que “A ação, em suma, é um direito subjetivo público, distinto do direito privado invocado, ao qual não pressupõe necessariamente, e, pois, neste sentido, abstrato; genérico, porque não varia, é sempre o mesmo; tem por sujeito passivo o Estado, do qual visa a prestação jurisdicional num caso concreto.”<sup>13</sup>; José Frederico Marques afirma que “A ação, portanto, é direito público subjetivo, uma vez que é dirigido contra o Estado.”<sup>14</sup>; Fábio Luiz Gomes entende a ação como “exercício do direito subjetivo público perante o Estado com o objetivo de que este preste a tutela jurisdicional”.<sup>15</sup>

Verifica-se, portanto, que toda a evolução na forma de entender o direito de ação, até os dias atuais, foi no sentido de saber na direção de quem se exercita o direito de tutela: se da parte contrária da relação de direito material, nas doutrinas civilistas; se contra o Estado, para os publicistas; ou se contra ambos para as teorias mistas. Isso leva a uma divergência sobre se o direito de ação é público ou é privado, uma vez que para qualquer das diversas correntes ele sempre foi entendido como subjetivo.

---

<sup>13</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 162.

<sup>14</sup> MARQUES, José Frederico. op. cit., p. 170.

<sup>15</sup> GOMES, Fábio Luiz. op. cit., p. 128.

É preciso ter presente os dois termos que qualificam a expressão “direito”, no interior do conceito de ação: “público” e “subjeto”.

Para saber o que os doutrinadores entendiam por direito subjetivo público, quando da formulação das diversas teorias sobre a ação, basta compulsar os manuais de Introdução ao Estudo do Direito que ainda são adotados nas Universidades e verificar como se ensina a clássica divisão entre público e privado. A respeito, é oportuno lembrar a lição de José Cretella Júnior:

“O *direito subjetivo* pode ser público e privado. *Direito subjetivo público* é a possibilidade de exigir prestações em relação jurídica, de que participa o Estado. *Direito subjetivo privado* é a possibilidade de exigir prestações, em relação jurídica, de que participem apenas particulares.

O *direito subjetivo público* exercita-se em nível diferente - vertical - ao passo que o *direito subjetivo privado* se exerce ao mesmo nível, de particular a particular, em plano horizontal. A *horizontalidade* caracteriza o exercício do *direito subjetivo privado*.

O *direito subjetivo público* ora é exercido pelo particular ou pelo funcionário, que o dirige contra o Estado, quer em virtude de relação de direito público, como os direitos do cidadão (ir e vir, reunião e associação; consciência e culto), quer em virtude de relação de Administração, como os direitos de funcionário público (estipêndio; descanso; licença prêmio; acumulação em determinados casos; proteção no exercício do cargo), ora é exercido pelo Estado, em direção ao particular, como o direito impositivo, o direito de convocação para o serviço militar, o direito da obrigatoriedade do exercício do voto.”<sup>16</sup>

De outra parte, quando o direito de ação é qualificado de subjetivo, fica nítida sua natureza de instrumento que opera no âmbito do Direito e do Estado, pensados para compor litígios decorrentes de relações com características marcadamente intersubjetivas. Mais uma vez, os manuais de Introdução ao Estudo do Direito fornecem o exemplo que avalisa a afirmação:

“*Direito subjetivo* é a faculdade ou possibilidade que tem uma pessoa de fazer prevalecer em juízo a sua vontade, consubstanciada num ‘interesse’. *Direito subjetivo* é a tutela jurídica de um interesse.

<sup>16</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Introdução ao Estudo do Direito. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 38.

Quando uma pessoa tem vontade de realizar uma pretensão ou de ver um interesse protegido, é necessário indagar se, no sistema de direito em que se insere, há uma norma em que se enquadra aquela vontade ou interesse.

Há uma inter-relação entre o *direito subjetivo* e o *direito objetivo*. O primeiro só existe em função do direito objetivo, mas de nada valeria se não houvesse interessados em pedir-lhe a aplicação, num caso concreto”.<sup>17</sup>

É claro que não se pode perder de vista de que todo o caminho percorrido pela teoria do direito de ação foi trilhado nas sendas do Processo Civil e teve por norte, por óbvio, as relações de direito intersubjetivo. Ocorre, no entanto, que é levando em conta exatamente o conceito resultante daquela ordem processual que os juristas têm explicado e aplicado o direito de ação na esfera da Ação Civil Pública. Esta a impropriedade que deve ser abandonada.

Em primeiro lugar, a clássica divisão do direito em público e privado já não resiste à realidade social, como ensina Waldemar Mariz de Oliveira:

“...a *summa divisio* encontra-se irremediavelmente superada na realidade social de nossa época, a qual é infinitamente mais complexa, mais articulada e mais sofisticada do que a expressa pela simplista dicotomia tradicional. Novos direitos e novos deveres aparecem, os quais, sem ser públicos no sentido tradicional da palavra, são todavia coletivos. Pertencem eles, ao mesmo tempo a todos e a ninguém. Com efeito, tendo-se em conta que pertencem a grupos, classes ou categorias de pessoas, deles ninguém é titular exclusivo, mas, ao mesmo tempo, todos os membros daqueles são seus titulares.”<sup>18</sup>

Como já se concluiu anteriormente: a nota característica do Estado contemporâneo é sua estreita vinculação com a Sociedade Civil; esta é entendida enquanto coletividade, num plano diverso das relações individuais, ou seja, das relações dos cidadãos entre si e entre estes e o Estado; e, houve uma profunda modificação na relação entre a Sociedade Civil e o Estado, uma vez que ela não se dá

<sup>17</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. op. cit., p. 36.

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Waldemar Mariz de. *A tutela jurisdicional dos interesses coletivos*. in, *A Tutela dos Interesses Difusos*. Ada Pellegrini Grinover, coordenadora. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984, p. 13.

somente com o sentido de contraposição, mas também no sentido de estreita colaboração.

Confrontadas estas conclusões com o conceito de ação vigente para o Processo Civil, implica a afirmação de que ele é inaplicável a toda e qualquer ação que se destine a tutelar direitos e interesses coletivos.

Neste sentido, vale a pena transcrever aqui as seguintes afirmações feitas por Josiane Rose Petry Veronese:

“O direito processual civil tem suas raízes na tutela de direitos individuais, fato que se torna evidente ao se verificar a exigência tradicional de o interesse de agir ser pessoal e direto no que diz respeito ao que atua na demanda [...].

.....  
“O processo, tradicionalmente ocupado em resolver lides inter-subjetivas, vive agora envolto em questões transindividuais. Observa-se, a partir dessa análise, que não somente o conceito de processo está sofrendo transformações como também o de ação.”<sup>19</sup>

Além disso, os interesses para a tutela dos quais é vocacionada a Ação Civil Pública são totalmente diversos daqueles para os quais se destina o Processo Civil, como será visto a seguir.

### **3. Dos interesses tutelados pela ação civil pública.**

Aliada à já demonstrada alteração teórica e constitucional do Estado contemporâneo, é preciso levar em conta que os conflitos ocorrentes no seio da Sociedade Civil e, por consequência, do próprio Estado, também sofreram uma profunda modificação.

---

<sup>19</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. Acesso à Justiça : A defesa dos interesses difusos da criança e do adolescente - ficção ou realidade?. Tese apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do Título de Doutor em Direito. 1994, p. 225, 227.

Não se pode desconhecer que, como afirma Hugo Nigro Mazzili, “interesses difusos e coletivos sempre existiram”<sup>20</sup>, ou segundo Augusto Melo de Camargo Ferraz, Nelson Nery Júnior e Édis Milaré:

“Desde que o homem, ser social, se organizou em sociedade, passaram a existir certos interesses que não pertenciam a indivíduos determinados, mas, de modo geral, a toda a sociedade. Havia direitos da comunidade, que não eram propriamente direitos subjetivos, já que a comunidade em si mesma considerada não possuía personalidade jurídica, qualquer que fosse o sistema jurídico que estivesse examinando.”<sup>21</sup>

Mas é preciso ter presente que tais direitos se manifestavam em tão pequena escala que sequer eram objeto de preocupação dos sistemas jurídicos.

No entanto, o desenvolvimento tecnológico e eletrônico e o superdimensionamento do Estado iniciados ainda no Estado moderno, mas que se consolida e se manifesta mais intensamente no Estado contemporâneo, terminam por estabelecer uma conflituosidade potencial e abrangente, que vem causar um “desequilíbrio conceitual na própria teoria geral do direito”, como diz Péricles Prade.<sup>22</sup> Alerta Michelangelo Bovero que essa modificação “não se refere simplesmente à superfície dos esquemas conceituais, mas corresponde à diferença de significado histórico que separa as concepções...”<sup>23</sup> Explicitando melhor: o desequilíbrio conceitual ocorrente no âmbito da teoria geral do direito, com o afloramento e crescimento dos interesses e direitos difusos e coletivos, não é somente uma

<sup>20</sup> MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo : meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 10.

<sup>21</sup> FERRAZ, Antônio Augusto de Camargo; et al.. A Ação Civil Pública e a tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, p. 47.

<sup>22</sup> PRADE, Péricles. op. cit., p. 50. v, também nesse sentido a lição de Francisco Filho. OLIVEIRA FILHO, Francisco. Considerações sobre a Ação Civil Pública. in, Jurisprudência Catarinense, nº 72, ano XXI - 1./2. trim., 1993, p. 19.

<sup>23</sup> BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1991, p. 162.

modificação nos esquemas conceituais, mas corresponde a uma outra concepção sobre os instrumentos destinados à tutela de tais interesses.

É importante, então, fazer-se um estudo, ainda que sintético, sobre tais interesses objeto de tutela da ação civil pública.

### 3.1. Interesses difusos.

Muito antes de o Código de Defesa do Consumidor estabelecer a definição legal de interesses ou direitos difusos, Péricles Prade estabelecia o seguinte conceito, que observava ser fixado “em regime de síntese provisória”: “interesses difusos são os titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exsurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro de abrangente conflituosidade.”<sup>24</sup>

É também importante lembrar a seguinte lição de Ada Pellegrini Grinover, sobre o mesmo tema:

“O outro grupo de interesses metaindividuais, o dos *interesses difusos* propriamente ditos, compreende interesses que não encontram apoio em uma relação-base bem definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas e fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato freqüentemente acidentais e mutáveis: habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições sócio-econômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos, etc. Trata-se de interesses espalhados e informais à tutela de necessidades, também coletivas, sinteticamente referidas à *qualidade de vida*. E essas necessidades e esses interesses, de massa, sofrem constantes investidas, freqüentemente também de massas, contrapondo grupo *versus* grupo, em conflitos que se coletivizam em ambos os pólos.

... Decorre daí que suas notas essenciais podem ser destacadas, nesses interesses difusos. Uma, relativa à sua titularidade, pois pertencem a uma série indeterminada de sujeitos. Vê-se daí que soçobra o conceito clássico de direito subjetivo, centro de todo o sistema clássico burguês, que investia o indivíduo do exercício de direitos subjetivos,

---

<sup>24</sup> PRADE, Péricles. op. cit., p. 57-58.

titularizados claramente em suas mãos, e legitimava o prejuízo causado a quem de outro direito subjetivo não fosse titular.

Outra, relativa ao seu objeto, que é sempre um bem coletivo, insuscetível de divisão, sendo que a satisfação de um interessado implica necessariamente a satisfação de todos, ao mesmo tempo em que a lesão de um indica a lesão de toda a coletividade. Neste sentido, foi precisamente apontada, por Barbosa Moreira, a indivisibilidade, *lato sensu*, desse bem.”<sup>25</sup>

A Lei nº 8.078/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor, cujos conceitos e disposições são aplicáveis à ação civil pública em geral, define interesses difusos, em seu artigo 81, parágrafo único, I, e o faz da seguinte forma: “I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”.

Assim, é importante gizar algumas importantes características que envolvem essa gama de interesses, que exsurtem das definições acima: a) ausência de vínculo associativo entre os lesados ou potencialmente lesados; b) a abrangência de uma cadeia abstrata, indeterminada e aberta, de indivíduos (por isso, direitos ou interesses transindividuais); c) uma potencial e abrangente conflituosidade; d) a ocorrência de lesões disseminadas em massa; e) vínculos fáticos unindo os interessados ou potencialmente interessados; f) indivisibilidade dos direitos ou interesses.<sup>26</sup>

### 3.2. Interesses coletivos.

Para Péricles Prade “...Os interesses coletivos são os pertinentes aos fins institucionais de uma determinada associação, corporação ou grupo intermediário,

<sup>25</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., p. 30-31.

<sup>26</sup> v., PRADE, Péricles. op. cit., p. 47 a 57; e, GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., p. 31.

decorrendo de um prévio vínculo jurídico que une os associados, sujeitando-se a regime jurídico portador de características peculiares.”<sup>27</sup>

Ada Grinover explica os direitos coletivos da seguinte forma:

“Já por *interesses coletivos* entendem-se os interesses comuns a uma coletividade de pessoas e apenas a elas, mas ainda repousando sobre um vínculo jurídico definido que os congrega. A sociedade comercial, o condomínio, a família dão margem ao surgimento de interesses comuns, nascidos em função da relação-base que congrega seus componentes, mas não se confundindo com os interesses individuais. Num plano mais complexo, onde o conjunto de interessados não é mais facilmente determinável, embora ainda exista a relação-base, surge o interesse coletivo do sindicato, a congregar todos os empregados de uma categoria profissional.”<sup>28</sup>

Do ponto de vista legal, o inciso II, do parágrafo único, do artigo 81 da Lei nº 8.078/90, em conceito aplicável a toda e qualquer ação civil pública, não só as destinadas à defesa do consumidor, define: “II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.”

Os interesses coletivos, conforme se infere das definições acima, possuem as seguintes características: a) são interesses ou direitos transindividuais, na medida em que se manifestam em razão da própria coletividade; b) abrangem uma quantidade de pessoas determinada ou determinável; c) há um vínculo associativo (relação base) entre os interessados ou entre estes e a parte contrária; d) são, também, frutos de uma potencial e abrangente conflituosidade; e) indivisibilidade dos direitos ou interesses.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> PRADE, Péricles. op. cit., p. 43.

<sup>28</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., p. 30.

<sup>29</sup> PRADE, Péricles. op. cit., p. 39 a 43; GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., p. 30.



### 3.3. Interesses individuais homogêneos.

O conceito de interesses ou direitos individuais homogêneos foi inserido no sistema jurídico pela norma presente no artigo 81, parágrafo único, III, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Sobre tais interesses ou direitos, pouco se discutiu no âmbito da doutrina, que sempre concentrou mais sua atenção nas duas categorias anteriores. Talvez isso se deva ao fato de que, no dizer de James Marins, os interesses individuais homogêneos não têm a mesma transcendência científica dos interesses coletivos e difusos, pois significam “apenas um trato coletivo a direitos já (e desde sempre) prestigiados por instrumentos individuais de proteção”.<sup>30</sup>

Em obra de comentários sobre o Código do Consumidor, os Professores Arruda Alvim, Tereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins, assim definem tais interesses e direitos:

“...são aqueles cujos danos se ostentam com qualidade de ocorrência (=origem) igual, i. e., danos provocados por uma mesma causa ou em razão de origem comum, entendendo-se, por estas expressões, situações que são juridicamente iguais (quanto a terem origem comum e, pois, tendo em vista que o mesmo fato ou fatos causaram lesão), embora diferentes; na medida em que o fato ou fatos lesivos, manifestaram-se como fatos diferenciados no plano empírico, *tendo em vista a esfera pessoal de cada uma das vítimas ou sucessores*.”<sup>31</sup>

Igualmente precisa é a seguinte lição de Antônio Herman V. Benjamin:

“Em outros casos, interesses e direitos tipicamente individuais - isto é, aqueles que se atinam ao indivíduo, não contemplando situações jurídicas em que o sujeito ‘se encontra inserido, encartado em determinado contexto social’ - perdem sua condição atômica, na medida em que surjam como consequência de um mesmo fato ou ato. São, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais, enfim, por criação legal. São,

<sup>30</sup> MARINS, James. Ações Coletivas em Matéria Tributária. in, Revista de Processo, nº 76..., p. 98.

<sup>31</sup> ALVIM, Arruda, et al.. Código do Consumidor Comentado. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 371.

por esse ângulo, *acidentalmente* supraindividuais. Falamos, então, em interesses e direitos individuais homogêneos, área em que, no sistema da *common law*, atua, preponderantemente, a *class action*.”<sup>32</sup>

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, parágrafo único, III, os define como aqueles “decorrentes de origem comum.”.

As principais características que envolvem o conceito de interesses individuais homogêneos: a) cuida de um tratamento coletivo para interesses ou direitos que podem ser perfeitamente defendidos por instrumentos do processo civil tradicional; b) abrange uma série de indivíduos identificados ou identificáveis; c) não há relação base entre os interessados, estando eles ligados pela circunstância de os seus interesses decorrerem de uma causa comum; d) sua proteção também decorre de uma profunda modificação na litigiosidade que se manifesta na sociedade atual.<sup>33</sup>

Algumas dificuldades, no entanto, permeiam o estudo dos interesses individuais homogêneos. Entre elas, a primeira diz respeito à característica de configurar um tratamento coletivo para a proteção de interesses ou direitos, o que os difere, em certa medida, dos interesses difusos e coletivos. Isto, contudo, não afasta de tais interesses a condição de poderem ser defendidos coletivamente, por força de disposição legal, e a sua função teleológica idêntica a daqueles outros interesses ou direitos coletivos, *lato sensu*, ou seja, maior efetividade no acesso à justiça.

---

<sup>32</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. in, MILARÉ, Edis *et al.* Ação Civil Pública : Lei 7.347/85 : reminiscência e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 96.

<sup>33</sup> v., BENJAMIN, Antônio Herman. *op. loc. cit.*

A segunda diz respeito ao fato de que, em se tratando de conceito relativamente recente na história jurídica, não encontrou ainda um debate mais consistente, capaz de delinear contornos mais precisos.

No momento de operar com tal classe de interesses, é preciso ter presente um ponto fundamental: assim como os interesses difusos ou coletivos, os individuais homogêneos decorrem de uma mudança profunda operada no interior do Estado e da Sociedade Civil e da necessidade de um efetivo acesso à justiça. Entre os fatores que têm sido apontados pelos autores como óbices ao acesso efetivo à justiça estão, especialmente, o valor das custas judiciais, a possibilidade das partes<sup>34</sup> e a lentidão dos processos.<sup>35</sup>

Sob outro prisma, é impossível deixar-se de considerar que, em determinadas situações, embora não exista uma relação jurídica-base entre as pessoas que tenham tido lesados certos interesses e ainda que sejam elas perfeitamente identificadas ou identificáveis, a lesão decorrente de uma causa comum pode ser de tal ordem que a busca da tutela de forma individual determine a cada um suportar custas que simplesmente inviabilize a demanda; em outras situações, a parte lesada, considerando suas possibilidades ou as do autor da lesão, encontre-se em “desvantagem estratégica” em relação a este; e/ou, ainda, que a necessidade das demandas individualizadas são um fator constante de sobrecarga do sistema judiciário e, conseqüentemente, um elemento determinante da demora na prestação jurisdicional.

---

<sup>34</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 15-26.

<sup>35</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. Pela mão de Alice - O social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez Editora, 1995, p. 168-170.

### 3.4. Considerações sobre essa nova gama de direitos.

Pode-se concluir, da análise até aqui feita, que a partir de determinado momento o convívio social fez aflorar uma série de novos interesses e, portanto, uma conflituosidade muito diversa daquela percebida e enunciada no interior do Estado e da Sociedade clássicos, liberal-individualistas, e determinante dos instrumentos para sua resolução. Os conflitos sociais, até então, foram sempre vistos sob a ótica do conceito clássico do *direito subjetivo*. É evidente que esta nova conflituosidade alterou totalmente a estrutura formal do Estado e, por consequência, do Direito. Dito de outra forma, os interesses originados da emergente esfera de conflitos trouxeram, como corolário lógico, a necessidade de uma ordem jurídica capaz de evitá-los ou resolvê-los. Neste caldo de cultura é que se desenvolveram e passaram a ser objeto de preocupação do sistema jurídico os interesses difusos, coletivos (em sentido estrito) e individuais homogêneos.

São novas categorias de direitos, nascidos exatamente do estado de tensão que se estabelece em razão mesmo da nova forma de inter-relacionamento entre o Estado e a Sociedade Civil e pela profunda modificação que ocorre no interior desta, gerando uma outra ordem de conflitos, até então negados ou ignorados pela ordem normativa, fruto, também, da evolução industrial, tecnológica e dos instrumentos de comunicação de massa.

É preciso ter sensibilidade para encarar todos os aspectos da transformação ocorrida na Sociedade e no Estado para perceber a origem e a razão de ser desses novos (do ponto de vista normativo) direitos.

### 3.5. Direito ou interesses?

A Lei nº 7.347/85, em seu artigo 1º, prevê a possibilidade de propositura da Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e ao consumidor, de forma genérica; a bens e **direitos** de valor artístico, estético, histórico turístico e paisagístico; e, por fim, a qualquer outro **interesse** difuso ou coletivo. Já, a Lei nº 8.078/90, em seu artigo 81, parágrafo único, faz menção a **interesses** ou **direitos**, mas dá a ambos a mesma definição.

Sabidamente, a doutrina tradicional sempre estabeleceu uma diferença clara entre interesse e direito. Veja, por exemplo, a seguinte lição de Cretela Júnior:

*“Interesse é a vontade do homem dirigida a atingir uma finalidade. Se o interesse é protegido pela norma jurídica estamos diante de direito. Direito é o interesse protegido pela norma jurídica.”*<sup>36</sup>

Estudando o tema sob a óptica dos direito transindividuais, José Luis Bolzan de Moraes afirma que:

“A preferência pela utilização do termo direito apenas para o âmbito dos interesses juridicamente protegidos que têm sua titularidade ligada ao indivíduo, aponta para os vínculos que se estabelecem entre a noção de direito e sua projeção como direito individual, uma tradição vinculada ao liberalismo. Assim, direito seria aquele fato juridicamente definido para o qual temos uma titularidade e um sujeito definidos, além de um objeto perfeitamente delimitado, ou seja, identifica-se com a noção de direito subjetivo. Há, entre direito e interesse, uma vinculação na qual a preponderância daquele se reflete uma negação deste. Ou seja: a hegemonia do direito subjetivo implica na desqualificação do interesse como portador de alguma relevância jurídica.”<sup>37</sup>

A seguir, propõe o mesmo autor:

“Abstraindo-se o conceito de direito subjetivo de sua vinculação à tradição liberal, poder-se ia, então, inferir novo conteúdo para o mesmo, no qual a subjetividade diria

<sup>36</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. op. cit., p. 162.

<sup>37</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. Do Direito Social aos Interesses Transindividuais. Tese apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito para obtenção para o título de Doutor em Direito. 1995, p. 195.

respeito não mais apenas a um certo indivíduo mas, isto sim, seria uma subjetividade própria da condição humana, sendo, assim, vinculada ao gênero não ao *espécimen* isolado.

Assistiria razão falar-se em um direito subjetivo difuso apenas após desfeitas amarras próprias do conceito original, e com a compreensão de que este seria apenas um conceito instrumental, o qual não teria a capacidade de fazer desaparecer as distinções entre direito e interesse, mesmo que entre ambas existam relações muitas vezes estritas...”<sup>38</sup>

Parece ser totalmente dispensável tal elaboração. Primeiro, porque se conclui da leitura da Lei que regula a Ação Civil Pública, que não faz ela qualquer diferença entre direito e interesse. Segundo, porque ainda que tomada como base formulação da doutrina tradicional, o fato de a lei estabelecer a tutela de **qualquer interesse**, já os tornaria direito, posto que “protegidos pela norma jurídica”.

Logo, no âmbito das ações de cunho coletivo não há qualquer diferença entre interesse e direito. Por isso, são como sinônimos que estes dois termos são utilizados no presente trabalho.

#### **4. Da inaplicabilidade dos conceitos tradicionais que informam a teoria geral do processo no âmbito da ação civil pública.**

Como ensina Antonio Carlos Wolkmer: “Levando-se em conta que as novas fontes de produção jurídica deverão ser encontradas na própria sociedade, nada mais correto do que realçar o processo de formação da normatividade das contradições, interesses e necessidades dos novos sujeitos sociais.”<sup>39</sup> Não resta dúvida de que a ação civil pública é um instrumento que tem hoje suporte normativo na própria Constituição Federal, mas que teve seu nascedouro das tensões causadas no interior da sociedade e na necessidade de “administrar” os conflitos daí decorrentes.

<sup>38</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. op. cit., p. 199.

<sup>39</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Sobre a Teoria das necessidades: A Condição dos “Novos” Direitos. Alter Ágora, nº 1, maio, 1994, p. 42.

Procurou-se demonstrar no primeiro Capítulo que a ação civil pública é um instrumento da cidadania, a serviço da ordem política.

Levando em conta a noção das necessidades, não mais agora como condição de formação da normatividade, mas como fundamento da utilização do instrumento já estabelecido na norma, vale a pena prosseguir acompanhando o pensamento de Antonio Carlos Wolkmer, em seu estudo sobre “Cidadania e as Necessidades Históricas”.<sup>40</sup>

Sobre o avanço lento e gradual da conquista de direitos e sua relação com a formação da cidadania, ensina:

“Refletindo na perspectiva de Marshall, verificar-se-á que as condições históricas da sociedade burguesa liberal-capitalista desencadearam necessidades conjunturais de época que se afirmaram através do direito à liberdade individual (expressa nos direitos civis, do século XVIII), do direito de participação política (direitos políticos do século XIX) e do direito à igualdade econômica (direitos sociais, do século XX). A necessidade e reivindicação em torno dos direitos civis (direitos por liberdade) denotam uma participação dos atores sociais e hegemônicos que constituem limites à ação e ao poder do Estado. Já os direitos políticos e sociais surgem não mais como expressão positiva de necessidades que clamam por participação dos cidadãos. Na verdade, ainda que se reconheça o grau de avanço representado pelos direitos civis e políticos, não se pode deixar de ressaltar que muitas necessidades sociais básicas não estavam aí contempladas. Daí ter-se desenvolvido nos horizontes de lutas, conflitos e demandas, a dimensão imperativa por ‘novos’ direitos do homem não mais expressão única de individualidades, mas reflexos de relações e necessidades sociais, envolvendo sujeitos coletivos concretamente engajados. A afirmação desses ‘novos’ direitos de cunho social é proclamada, não mais para restringir radicalmente o poder estatal, mas para exigir uma certa ação positiva do Estado, objetivando assegurar e garantir a efetivação de direitos nascidos no âmbito da própria sociedade. Esses direitos introjetados a partir de carências vitais e sociais, obtidos por confrontos e reivindicações permanentes, vão exigir, quase sempre, a presença dos poderes públicos para implementar as condições necessárias à sua realização. Explicita-se, ademais, que o fundamento da eclosão dos direitos sociais contemporâneos deve ser encontrada na permanente insatisfação de um corpo social cada vez maior que não consegue saciar as necessidades materiais e culturais, gerados pela sociedade industrial de massa e pelo paradigma centralizador de cultura política instituída.”<sup>41</sup>

<sup>40</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Sobre a Teoria..., p. 44.

<sup>41</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Sobre a Teoria..., p. 44-45.

Está claro até aqui que o direito de ação na Ação Civil Pública em nada se confunde com o direito de ação, objeto de estudo do Direito Processual Civil. Em primeiro lugar, porque o Estado, no seio do qual a teoria da ação foi concebida, não é o mesmo durante a quase totalidade do século XX e cada vez mais ambos se afastam neste momento em que se aproxima o terceiro milênio; assim como não é mais a mesma a Sociedade Civil e o inter-relacionamento entre esta e aquele. Segundo, porque a ação civil pública é um instrumento para defesa de interesses e direitos que se manifestam enquanto coletividade e não de direitos originários de uma vivência individualista, de índole liberal-burguesa-capitalista, que reconhecia somente o espaço de conflitos intersubjetivos, e, nesta medida, é ferramenta que serve à cidadania - pelo que, está a serviço da política.

Não há a menor dúvida de que o direito de ação concebido para o Direito Processual Civil, como direito subjetivo público, tem caráter constitucional e está, por isso, para além da ordem normativa que se refere ao Processo Civil. Também o direito de ação instrumentalizado pela Ação Civil Pública é constitucional, mas vocacionado ao trato de outra ordem de conflitos.

Ainda que sejam recentes os estudos das relações entre Constituição e Processo ou das normas constitucionais referentes ao processo, já se encontra sedimentado na doutrina os conceitos de Direito Processual Constitucional e do Direito Constitucional Processual. José Alfredo de Oliveira Baracho ensina: “O Direito Processual Constitucional empreende o estudo dos instrumentos processuais que garantem o cumprimento das normas constitucionais. O Direito Constitucional Processual detém-



se no estudo sistemático dos conceitos, categorias e instituições processuais, consagradas nos dispositivos da Constituição”.<sup>42</sup>

José da Silva Pacheco, por sua vez, afirma que a distinção entre o Direito Processual Constitucional e o Direito Constitucional Processual, considerando-se o enfoque que se dê à matéria, pode ser vista sob quatro aspectos:

“a) ao se tratar da questão, que se encontra regulada na Constituição, sob a ótica do direito processual, acrescenta-se a este o qualificativo derivado de sua proveniência; b) ao se cogitar de algo que, embora sendo processual, está na Constituição, que é examinada sob o ângulo constitucional, adiciona-lhe o adjetivo resultante da sua natureza; c) ao se elucidar a matéria processual, que está fora da Constituição, mas ao fazê-lo aplicam-se princípios ou normas constitucionais, o estudo é de direito processual, mas sob a influência do princípio constitucional, o que justifica acrescer àquele este qualificativo; d) ao se aplicarem os conceitos e técnicas processuais aos processos internos previstos na Constituição, como no caso de processo legislativo, ou do processo na ação direta de inconstitucionalidade, tem-se estudo de direito constitucional processual.”<sup>43</sup>

O direito de ação decorrente da Ação Civil Pública, portanto, insere-se no estudo do Direito Processual Constitucional.

No âmbito do Direito Processual Civil tem razão Cândido Rangel Dinamarco, ao afirmar, após discorrer sobre o caminho percorrido pela ciência jurídica para chegar aos conceitos fundamentais que informam o Processo Civil na atualidade, que se está agora no que denominou de *terceiro momento metodológico* do direito processual, “caracterizado pela consciência da *instrumentalidade* como importantíssimo pólo de irradiação de idéias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções”.

Continua o citado Professor:

“O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os *conceitos* inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica

<sup>42</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 126.

<sup>43</sup> PACHECO, José da Silva. op. cit., p. 54.

mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico”.<sup>44</sup>

Na esfera da Ação Civil Pública, no entanto, ainda não se chegou a um porto seguro do ponto de vista conceitual, mas é imprescindível dar-se conta que todo aquele que se aventura no estudo de tão importante instrumento não pode perder de vista também o endereçamento teleológico.

É exatamente com a finalidade de uma melhor aplicação dessa ferramenta de ordem constitucional colocada à disposição da Sociedade, para a tutela de suas necessidades geradoras de interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, que nascem e se desenvolvem de seu inter-relacionamento, de contraposição ou de colaboração com o Estado, que se tem procurado, ao longo deste estudo, demonstrar que o direito de ação que informa e justifica a denominada Ação Civil Pública é de outra ordem e em nada se confunde com o direito de ação, a que se refere o Direito Processual Civil.

A primeira consequência desse entendimento é que não se pode, como tem sido feito até agora até mesmo pelos doutrinadores que tratam da ação civil pública, definir este direito de ação como um direito **subjetivo** de exigir do Estado a prestação jurisdicional. Direito subjetivo é, sim, a ação de Direito Processual Civil. Para este, efetivamente, o direito de ação é direito subjetivo, posto que pensada e finalisticamente dirigida para a resolução de conflitos de direitos intersubjetivos. A Ação Civil Pública, como instrumento a serviço da Sociedade Civil, teleologicamente destinada a tutelar

---

<sup>44</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1990, p. 21.

interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tem no direito de ação um direito que não pode ser **subjetivo**. Observe-se que não se trata aqui de um mero jogo de palavras, com finalidade simplesmente semântica. Lembre-se, neste diapasão, a lição de Bovero, na citação feita acima:<sup>45</sup> “não se refere simplesmente à superfície dos esquemas conceituais, mas corresponde à diferença de significado histórico que separa as concepções...”.

Poder-se-ia, então, dizer, numa aproximação provisória com um conceito de Ação Civil Pública, que esta é um direito que tem a sociedade de, através de alguns legitimados definidos pela lei, buscar em juízo a prestação jurisdicional para a tutela de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Logo, não é um direito subjetivo, uma vez que deferido à sociedade como um todo. A legitimação daqueles que são encarregados de manejá-la decorre de disposição legal. É, portanto, um direito exercitado, pelos legitimados, face ao poder-dever que tem o Estado Juiz de prestar a jurisdição, no sentido de resolver e/ou prevenir conflitos.

Verificado que os conceitos de ação tratados até aqui não se confundem e que entre eles há mais do que diferenças meramente semânticas, pode-se afirmar que todos os demais conceitos decorrentes da ação de Direito Processual Civil não são aplicáveis no âmbito da ação civil pública. Assim, legitimidade, interesse, disponibilidade, transação, coisa julgada, etc, encontram, por vezes conceitos diversos e, por outras, são totalmente inaplicáveis para a ação objeto do presente estudo.

---

<sup>45</sup> v., p. 81.

De forma meramente exemplificativa, e para oferecer um cunho de aplicabilidade prática dos conceitos e conclusões verificados até aqui, far-se-á, no capítulo seguinte, a análise de dois importantes conceitos que operam no interior do Processo Civil e cuja natureza, na área da Ação Civil Pública, é totalmente diversa: a legitimidade a o objeto da ação. Com relação a este, o enfoque será centrado especialmente no que diz respeito a sua indisponibilidade.

## **CAPÍTULO IV**

### **LEGITIMIDADE E OBJETO DA AÇÃO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

#### **1. Considerações iniciais.**

A partir da constatação de que o direito de ação na esfera da Ação Civil Pública não se confunde com o direito de ação no âmbito do Processo Civil, é possível afirmar que os institutos de um e outro direitos de exigir a prestação jurisdicional, também não são iguais entre si.

Algumas vezes não se trata de modificação simples conceitual, mas de reconhecer que determinados conceitos, importantes para a compreensão do direito de índole subjetiva, não operam na esfera do direito de cunho coletivo.

A identificação de conceitos diversos, por parte da doutrina e da jurisprudência, decorrente da falta de uma adequada separação entre esses diversos campos processuais, tem determinado uma perda no potencial protetivo que envolve a ação de defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Dois exemplos hauridos da doutrina e da prática forense demonstram o que foi afirmado acima: o primeiro diz respeito à legitimidade para o exercício da ação; o segundo refere-se ao objeto da ação, especialmente quanto à sua indisponibilidade.

Ainda que vários outros institutos possam ser alvo de estudo semelhante, a importância dos aqui privilegiados, bem como os limites impostos pela natureza do estudo, justificam a arbitrariedade da eleição.

## **2. Legitimidade**

Conforme ficou dito no Capítulo II, em sede de Processo Civil, na concepção da corrente dominante e por força de dispositivos legais (artigos 3º e 267, VI, do Código de Processo Civil), a legitimidade ou qualidade para agir é uma “pretensão subjetivamente razoável”,<sup>1</sup> porque, dizem os processualistas, somente podem demandar aqueles que sejam titulares da relação de direito material deduzida em juízo. Por consequência, somente podem ser demandados aqueles que estejam no pólo passivo da mesma relação material. Quando há esta identificação entre a titularidade do direito material pleiteado e o exercício do direito de ação, denomina-se a legitimação de ordinária. Há, no entanto, a excepcional possibilidade, por força expressa de norma de direito processual (artigo 6º, do Código de Processo Civil), de alguém pleitear, em nome próprio, direito de outrem, chamando a doutrina, esta última hipótese, de legitimação extraordinária.

---

<sup>1</sup> Marques, José Frederico. op. cit., p. 183.

Como ensina Fábio Luiz Gomes,<sup>2</sup> em sua crítica à teoria eclética sobre o direito de ação no Processo Civil, a legitimação, como prevista na lei processual civil, ou seja, com a natureza de condição da ação, representa resquício da teoria do direito concreto de agir. Com isso, poder-se-ia afirmar que colocar-se a legitimidade como condição da ação é, em realidade, inaplicável até mesmo no Processo Civil.

Na esfera da Ação Civil Pública, no entanto, a questão da legitimidade tem outra natureza e em nenhum momento pode ser confundida com a legitimidade processual estudada na esfera do direito intersubjetivo. Por não levar em conta esta circunstância, a doutrina e a jurisprudência têm manifestado entendimentos totalmente desencontrados sobre tão relevante tema.

Além da falta de uma consciência de que a Ação Civil Pública tem uma natureza jurídica diversa do Processo Civil, cuja demonstração é o objeto principal do presente trabalho, também outros fatores, decorrentes daquele, contribuem para uma tímida aplicabilidade do instrumento de defesa coletiva.

Neste contexto é preciso considerar importantes fatores de ordem histórica.

Em primeiro lugar, foi na esfera do Processo Civil que os estudiosos identificaram o fenômeno dos interesses difusos e coletivos e, mais tarde, dos individuais homogêneos. Não foi, como seria desejável, no âmbito da Teoria Política. Por isso, o vício de encarar-se a Ação Civil Pública como instituto pertencente à esfera do Processo de cunho intersubjetivo.

---

<sup>2</sup> ver acima, Capítulo 2, p. 55-61.

De outro lado, o primeiro diploma legal a tratar, no Brasil, de uma ação civil de natureza pública foi a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispunha, em seu artigo 14, § 1º, o seguinte:

“Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”.

Em 15 de dezembro daquele mesmo ano, entrou em vigor a Lei Complementar nº 40, denominada de Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados, que previa em seu artigo 3º, III, entre as funções institucionais do **Parquet** a de “promover a ação civil pública, nos termos da lei”.

Estava consagrado no direito brasileiro o direito de ação para defesa de um interesse coletivo, em sentido amplo. Contudo, não havia normas de ordem processual ou procedimental para essa nova realidade. Os aplicadores do direito precisaram, então, buscar socorro em todo o instrumental do Processo Civil e nas noções que operam no seu interior para poderem dar aplicabilidade à previsão legal. Tanto é assim, que, pouco dias antes do advento da lei que regulou a Ação Civil Pública, o processualista Kazuo Watanabe afirmava, em conferência proferida no “Seminário Sobre a Tutela dos Interesses Coletivos”, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o seguinte:

“Bem, o que me parece possível concluir, à vista do que ficou acima exposto, é que, desde que seja interpretado o art. 6º, do Cód. de Proc. Civil, com mente mais aberta e com vistas voltadas à globalidade do ordenamento jurídico, principalmente ao sistema constitucional, afigura-se perfeitamente possível chegar-se à admissão da legitimidade



*ad causam* das associações criadas com o fim estatutário de promover a defesa dos interesses difusos”.<sup>3</sup>

Duas importantes conclusões podem ser retiradas da lição de Kazuo Watanabe: a primeira é de que efetivamente foi no Processo Civil que os operadores do direito foram buscar subsídios para a aplicabilidade prática da Ação Civil Pública; a segunda, já percebia aquele processualista, que o Processo Civil era incapaz de abrigar em seu seio esse novo direito de ordem coletiva, recomendando, portanto, um voltar de vistas para o sistema constitucional.

Com o advento da Lei nº 7.347, em 24 de julho de 1985, foi, enfim, disciplinada a Ação Civil Pública, regulando o direito de ação estabelecido quatro anos antes.

Mesmo assim, alguns doutrinadores e parte da jurisprudência continuaram a abeberar-se nos ensinamentos e nas normas do direito instrumental de ordem intersubjetiva. Estavam, assim, operando em uma outra realidade jurídica.

Teori Albino Zavascki, por exemplo, afirma que a natureza jurídica da atuação do Ministério Público na defesa de qualquer interesse difuso configura substituição processual, uma vez que a instituição não defende direito próprio, mas sim alheio.<sup>4</sup>

A Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento que afasta a condenação do Ministério Público dos ônus da sucumbência - o que está correto, mas por outro fundamento -, adotando parecer do Procurador de Justiça José Geraldo de Brito Filomeno, fixou o entendimento unânime de que a

---

<sup>3</sup> WATANABE, Kazuo. Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: A Legitimação Para Agir. in, A tutela dos Interesses Difusos. Coord.: Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984, p. 94.

<sup>4</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Ministério Público e Ação Civil Pública. Revista de Informação Legislativa, nº 114, ano 29 - Abr./Jun., 1992, p.156.

legitimação das pessoas jurídicas relacionadas na lei que regula a ação civil pública é extraordinária. Colhe-se do corpo do acórdão o seguinte posicionamento:

“E, de acordo com eminentes doutrinadores, não pode o órgão ministerial, que em casos que tais não defende interesses próprios, como curial, mas sim de número indeterminado de pessoas da sociedade como um todo considerada, vir a sucumbir com as verbas em questão, mesmo porque é mero substituto processual, prevendo expressamente a Lei n. 7.347, de 1985, aliás somente as associações elencadas em seu artigo 5º é que responderão pela sucumbência, e assim mesmo quando se reconhecer que a pretensão por elas patrocinadas por manifestamente infundada, consoante reza seu art. 17”.<sup>5</sup>

No entanto, começa hoje a firmar-se, especialmente na doutrina, o entendimento de que a legitimação daqueles órgãos aos quais a lei confere o poder-dever de defesa de interesses de natureza coletiva, *lato sensu*, é de natureza ordinária, embora, em algumas vezes, a justificação para tal conclusão não seja a mais adequada.

Rodolfo de Camargo Mancuso, que é um dos autores que mais se tem dedicado ao estudo da Ação Civil Pública, afirma o seguinte:

“Resumindo o que foi visto, temos que a legitimação para agir, nas ações que visam à tutela dos interesses superindividuais é de tipo *ordinário*, porque: a) quando o indivíduo age *per se*, na tutela de interesses gerais, ele também defende interesse próprio, configurado na ‘cota-parte’ daqueles interesses, a qual lhe pertence enquanto indivíduo, cidadão, eleitor ou contribuinte; é o que se passa, grosso modo nas ações populares e nas *class actions* do direito norte-americano. Não importa que, eventualmente, alguns integrantes da categoria ou da coletividade não se interessem pela ação ou discordem de seu objeto, porque não se trata de litisconsórcio necessário; o que releva é que o *cives* exerce a liberdade pública reconhecida *uti singuli*, de exigir uma administração proba e eficaz e o respeito à lei, conforme o caso; b) quando a tutela dos interesses superindividuais é feita através de grupos legalmente constituídos, a legitimação também é ordinária, na medida em que sustentam, em nome próprio, certas massas de interesses (ex.: os dos consumidores), para o quê a lei os considerou idôneos.”.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Acórdão prolatado na Apelação Cível nº 107.133-1, de Mogi das Cruzes, publicado na Revista Justitia, nº 146, ano 51 - Abr./Jun. 1989, p. 124.

<sup>6</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos : conceito e legitimação para agir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 148.

Ainda que seja correta a afirmação feita na parte final da lição acima transcrita, parece que não há total harmonia com o afirmado no item “a”. Ora, a defesa dos interesses coletivos (em sentido amplo) é sempre de legitimação ordinária, porque a lei assim estabelece. Logo, não se pode afirmar que o fato de um único indivíduo ser o intérprete do pedido de proteção de interesse dessa natureza, que ele tenha legitimação por possuir o que o doutrinador denomina de “cota-parte”. Pode até, numa evolução legislativa, ser ampliado o rol dos legitimados para a Ação Civil Pública, incluindo, entre eles, o cidadão, mas nem por isso ter-se-ia modificada a natureza dessa legitimação, isto é, o cidadão também não agiria em função da cota-parte que efetivamente possui mas por uma autorização legal. Também quando qualquer dos interesses de natureza igual àqueles tutelados através da ação civil pública sejam defendidos via outros instrumentos, como a ação popular ou ação direta de inconstitucionalidade, a legitimação é ordinária simplesmente porque ela decorre da lei e não da titularidade do interesse deduzido em Juízo.

Neste sentido, mais de acordo com a realidade, o entendimento de Arruda Alvim, Tereza Alvim, Eduardo Alvim e James Marins:

“O que parece importante é ter-se presente que as ações coletivas emergiram no contexto de uma temática inteiramente diferenciada daquela em que se assenta o processo tradicional, de caráter individual.

Conseqüentemente, todo o sistema de defesa a título coletivo foi idealizado como uma modalidade de tutela ‘a mais’, mas que, em última análise não prejudica ou faz perecer o ‘interesse’ ou o ‘direito’ individual, se, o resultado da ação coletiva for *negativo*. Não importa que o ‘bem jurídico’, objeto da tutela coletiva haja sido idealizado como ‘outro’ bem jurídico, diferente do bem jurídico individual. Isto porque, também em última análise é, praticamente possível imaginar-se ou fazer-se uma redução da ‘parcela’ do ‘bem jurídico coletivo’, traduzindo- para compreendê-lo no plano de sua subjetivação individual. *Mas é exatamente a configuração diferenciada do bem*

*jurídico, no plano da ação coletiva, que viabiliza a distinção entre esta ação e a ação individual.”<sup>7</sup>*

Nota-se que para estes doutrinadores a redução do direito à parcela, como pretende Rodolfo Mancuso, é somente para oportunizar o entendimento de como se manifesta o fenômeno jurídico. No entanto, a tônica da doutrina é a demonstração de que ambas as realidades (defesa dos direitos coletivos e individuais) não se confundem.

A Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por unanimidade, em acórdão lapidar do Desembargador Napoleão Amarante, reconhece que a legitimidade, em sede de ação civil pública, decorre da lei e da natureza dos direitos cuja tutela é postulada ao Juiz. Eis a ementa da mencionada decisão:

**“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AJUIZAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. CASA DE DIVERSÃO LOCALIZADA EM ÁREA DESTINADA POR LEI MUNICIPAL PARA USO EXCLUSIVAMENTE RESIDENCIAL. ALEGAÇÃO, ADEMAIS, DE PREJUÍZO AO REPOUSO NOTURNO. INDEFERIMENTO DA INICIAL POR AUSÊNCIA DE ELEMENTO CAPAZ DE CARACTERIZAR O INTERESSE PÚBLICO. RECURSO PROVIDO PARA DAR PROSSEGUIMENTO À AÇÃO.**

Na raiz da questão relacionada com a legitimidade do Ministério Público para intentar ação civil pública, em caso do descumprimento do Plano Diretor de uma cidade, com reflexos, inclusive, na tranquilidade necessária ao repouso noturno, está o exame obrigatório da natureza jurídica do interesse subjacente objeto da pretendida tutela. E é na exata dimensão da causa projetada pelo Constituinte de 1988 - proteção ao patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos - que se desenha, sem possibilidade de desbordar desses limites, a legitimação da instituição ministerial nessa específica área de atuação.

É inquestionável que a organização de uma cidade e a fiscalização para o exato cumprimento de todos os aspectos legais que lhe dizem respeito, porque são bens de efeitos imateriais que passam a integrar o patrimônio social, quando transcende do puramente individual, não pode ficar fora da perspectiva da atuação funcional do Ministério Público, nos termos do referido dispositivo constitucional”.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> ALVIM, Arruda; et alli.. op. cit., p. 361-362.

<sup>8</sup> Acórdão proferido na Apelação Cível nº 43.009, da Capital, publicado no Diário da Justiça nº 9.039, de 30.08.95, p. 6.

Em síntese, a legitimidade para buscar em Juízo a tutela dos interesses coletivos (abrangendo com tal expressão os interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos) decorre da lei. Assim, na esfera da Ação Civil Pública não opera o conceito ou a noção de legitimidade extraordinária, uma vez que as pessoas jurídicas ou as instituições, são legitimadas por força de disposição legal; e, nesse caso, a legitimação é sempre *ordinária*. Qualquer outra pessoa que não esteja legitimada por força de lei não poderá exercitar o direito de ação decorrente da Ação Civil Pública, pois em nenhuma hipótese poderá haver a substituição processual, ou seja, a legitimação extraordinária.

Assim, quando a Ação Civil Pública é proposta por um dos co-legitimados previstos pela lei (Ministério Público, União, Estado, Município, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou associação que preencha os requisitos legais), resta somente indagar se o interesse que a ação busca tutelar é difuso, coletivo ou individual homogêneo. Esta análise, no entanto, é matéria de mérito e não pode, jamais, ser considerada condição para ação.

É preciso lembrar que ao lado desse vício de visualizar a Ação Civil Pública pela ótica do Processo Civil, outros dois elementos de ordem histórica complicaram a sua aplicação, no que se refere à legitimidade.

O primeiro foi o veto presidencial ao inciso IV, do artigo 1º, da Lei nº 7.347/85, para retirar da esfera de proteção da Ação Civil Pública “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” que não os referentes ao meio ambiente, ao consumidor ou a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, arrolados

expressamente nos incisos anteriores do mesmo dispositivo legal. Com isto, houve uma restrição à atuação dos legitimados, uma vez que nem todos os interesses coletivos e difusos poderiam ser objeto de ação dessa natureza.

Na oportunidade, o então Presidente da República, José Sarney, justificou o veto, alegando o seguinte:

“É preciso que a questão dos interesses difusos, de inegável relevância social, mereça, ainda, maior reflexão e análise. Trata-se de instituto cujos pressupostos conceituais derivam de um processo de elaboração doutrinária, a recomendar, com a publicação desta Lei, discussão abrangente em todas as esferas de nossa vida social.

É importante, neste momento, que, em relação à defesa e preservação dos direitos dos consumidores, assim como do patrimônio ecológico, natural e cultural do País, a tutela jurisdicional dos interesses difusos deixe de ser uma questão meramente acadêmica para converter-se em realidade jurídico-positiva, de verdadeiro alcance e conteúdo sociais.

Eventuais hipóteses rebeldes à previsão do legislador, mas ditadas pela complexidade da vida social, merecerão a oportuna disciplinação legislativa.”<sup>9</sup>

Os casos rebeldes ditados pela complexidade da vida social manifestaram-se rapidamente, já vários outros interesses difusos e coletivos existentes passaram a exigir sua própria tutela.

A Constituição Federal de 1988, preenchendo parte dessa lacuna, inseriu entre as funções institucionais do Ministério Público a de promover a “ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e **de outros interesses difusos e coletivos**”. Ficou, com isso, consideravelmente ampliada a legitimidade desta Instituição para a defesa de tais interesses. Posteriormente, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, denominada Código de Defesa do Consumidor, inseriu o inciso IV no artigo 1º da Lei nº 4.347/85, ampliando a atuação de todos os demais co-

---

<sup>9</sup> v., Mensagem nº 359, in, Ação Civil Pública : Lei 7.347/85 : reminiscências e reflexões após dez anos de sua aplicação. Coordenador: Édis Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 498.

legitimados legais para interpretar a defesa de tais interesses. Passou a Ação Civil Pública, portanto, a ser o instrumento próprio para as ações de responsabilidade por danos causados a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, além dos expressamente nominados.

A afirmação de que tal veto foi elemento complicador para a aplicação do instrumento processual, em análise, justifica-se quando, mesmo após o advento do Código do Consumidor, é possível encontrar entendimentos de vários doutrinadores no sentido de que os interesses difusos e coletivos, protegidos pela lei, são disciplinados em *numerus clausus*.

Rogério Lauria Tucci, em artigo publicado em 1992, afirma:

“Servo da lei [o Ministério Público], como todos os integrantes da comunidade, somente poderá (e deverá) ajuizá-la quando ‘preenchidas determinadas condições legais’, quais sejam as concernentes às previsões normativas de sua conduta, especialmente as que, em *numerus clausus*, estatuem os lindes de sua atuação em defesa dos interesses difusos e coletivos (expressões que a própria CF sobreleva no já mencionado art. 129, III, tendo-as não ‘como sinônimas, mas como realidades diversas, ou melhor, como espécies diversas’, ao utilizar ‘a conjunção aditiva e em lugar da alternativa ou’.”<sup>10</sup>

Arnoldo Wald também segue o mesmo entendimento afirmando, em artigo publicado em 1994: “Sendo um remédio excepcional, não deve ser ampliada a sua atuação fora dos casos legalmente previstos, que constituem em verdadeiro *numerus clausus*, aplicando-se o princípio da taxatividade.”<sup>11</sup>

É importante salientar que as mesmas restrições interpretativas são também verificáveis na jurisprudência, como, exemplificativamente, vêem-se em algumas

---

<sup>10</sup> TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público. Ajuris, nº 56, Ano XIX, novembro 1992, p. 43.

<sup>11</sup> WALD, Arnoldo. Usos e abusos da ação civil pública (Análise de sua patologia). Ajuris, nº 61, ano XXI, julho, 1994, p. 97.

decisões proferidas em Ação Civil Pública, que visavam à reparação de danos ao erário público.

Em decisão aplaudida pela doutrina de Arnaldo Wald, no artigo referido,<sup>12</sup> a 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais manifestou o seguinte entendimento:

“Para se obter a restituição do Erário Municipal de dinheiro desviado por Prefeito, a via processual é a ação popular e não a ação civil pública, porquanto a primeira visa à declaração de nulidade ou à anulação dos atos lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa, e a segunda destina-se à proteção de determinados direitos e interesses difusos ou coletivos previstos em lei específica.

Se o representante do Ministério Público, utilizando-se de via processual inadequada, intenta ação civil pública com vistas à restituição de dinheiro desviado por Prefeito Municipal, o pedido não pode ser recebido como ação popular, em face da ilegitimidade ativa do Ministério Público para a propositura desta última.”<sup>13</sup>

Mais recentemente, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, posicionou-se no mesmo sentido, proferindo decisão com a seguinte ementa:

**“PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE DE PARTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEIS 7.347/85 E 8.079/90. REPARAÇÃO DE DANOS. MUNICIPALIDADE DE MARÍLIA SP. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES.**

1. Questão relativa à legitimidade de parte é passível de exame de ofício, não podendo o Tribunal **ad quem** furtar-se de apreciá-lo sob a alegação de preclusão.
2. A Lei nº 7.347/85 confere legitimidade ao Ministério Público para propor ação civil pública nas condições estabelecidas no art. 1º, acrescido do inc. IV pela Lei 8.078/90.
3. A ação para ressarcimento de possíveis danos ao erário municipal não se insere nas condições previstas na referida lei, não tendo o Ministério Público legitimidade para promover a ação civil pública para esse fim específico.
4. Recursos especiais conhecidos e providos para declarar a extinção do processo, na forma do art. 267, VI, do CPC.”<sup>14</sup>

É inegável o caráter preponderantemente difuso do interesse que envolve a higidez do erário público. Talvez seja o exemplo mais puro de interesse difuso, na

<sup>12</sup> WALD, Arnaldo. op. cit., p. 95-96.

<sup>13</sup> Acórdão proferido na Apelação nº 10.061/0, em 14/10/93. Relator Desembargador José Loyola. Publicado na Revista dos Tribunais nº 716, p. 253.

<sup>14</sup> Decisão proferida em 15.06.94, no Recurso Especial nº 34.980-5, de São Paulo. Publicado na Revista do Superior Tribunal de Justiça, nº 65, p. 352.



medida em que diz respeito a um número indeterminado de pessoas, ou seja, a todos aqueles que habitam o Município, o Estado ou o próprio País a cujos Governos cabe gerir o patrimônio lesado, e mais todas as pessoas que venham ou possam vir, ainda que transitoriamente, desfrutar do conforto de uma perfeita aplicação ou os dissabores da má gestão do dinheiro público.

Muito antes das decisões transcritas, dispositivos legais já tinham fixado a legitimidade então infirmada naqueles acórdãos.

Comentando sobre a Lei nº 8.422/92, José Galvani Alberton diz o seguinte:

“Soa-nos equivocada a pregação de que somente agora, com o advento da Lei nº 8.429/92, teria o Ministério Público sido guindado à condição de parte legítima para buscar valores desviados dos cofres públicos; ou ainda de que a ação civil pública ressarcitória, de que trata essa lei, é instituto processual próprio, inconfundível com a ação pública referida no texto constitucional (art. 129, III). Para nós, a legitimação do **Parquet** consolidou-se já com a edição da Carta de 1988. A Lei 8.429/92 teria se limitado apenas a reafirmá-la, introduzindo alguns adornos de ordem processual, como, por exemplo, a possibilidade de, além do procedimento dos bens e da obrigação de reparar o dano, cominar-se judicialmente as penas correspondentes à perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a multa civil e outras medidas restritivas de direitos previstas no art. 12, I, II e III, do referido diploma.”<sup>15</sup>

Correta a afirmação de Alberton, uma vez que sua abordagem limita-se à atuação do Ministério Público. De forma mais geral, pode-se dizer que, efetivamente, a legitimidade pública dos órgãos daquela Instituição tem origem na disposição constitucional apontada. Ocorre, no entanto, que antes da entrada em vigor da Lei 8.429/92, ao inserir o inciso IV no artigo 1º da Lei nº 7.347/85, através da lei que instituiu o denominado Código de Defesa do Consumidor, em 1990, já havia o

---

<sup>15</sup> ALBERTON, José Galvani. O Ministério Público e a Reparação de Danos ao Erário: experiências e entraves. Palestra proferida em painel do “Seminário Nacional sobre os Dez Anos da Lei da Ação Civil Pública”, realizado na cidade de Blumenau (SC), em 29.10.95, a ser publicada nos anais daquele encontro.

legislador estendido essa mesma legitimidade a todas as instituições integrantes do rol do artigo 5º da referida lei.

Ora, dispondo a lei expressamente que a Ação Civil Pública é instrumento para veicular a ação de responsabilidade por danos “a **qualquer** outro interesse difuso ou coletivo”, impossível concluir-se que haja um rol taxativo de ações possíveis. Os incisos I, II e III, do artigo 1º da Lei nº 7.347/85, passaram, após o advento do Código de Defesa do Consumidor, a ter uma função meramente exemplificativa. Integram a categoria de direitos difusos e coletivos, entre outros, também os que dizem respeito ao meio ambiente, ao consumidor ou a bens ou direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico.

O segundo elemento complicador foi não ter o legislador, já na Lei nº 7.347/85, regulado a defesa dos interesses individuais homogêneos entre aqueles tuteláveis através de Ação Civil Pública. É que quando se trata de interesses decorrentes de conflitos metaindividuais nem eles são identificáveis como puramente difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo. Por isto Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery afirmam que o “que caracteriza um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual homogêneo é o tipo de pretensão deduzida em juízo. Um mesmo fato pode dar origem à pretensão difusa, coletiva ou individual homogênea.”<sup>16</sup>

Antônio Herman V. Benjamin apresenta a seguinte situação fática que bem demonstra a afirmação acima:

“De um lado, estão os consumidores e, do outro, uma empresa de plano de saúde: se o consumidor-contratante ingressa em juízo buscando a repetição do indébito, proveniente de reajuste indevido, presente um típico interesse individual; diversamente,

---

<sup>16</sup> NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 1.016.

se o Ministério Público (ou outro co-legitimado) propõe ação civil pública para expurgar dos contratos já firmados a mesma cláusula de reajuste que deu origem ao pleito anterior de repetição de indébito, há interesse individual homogêneo; além disso, se uma associação vai a juízo para defender seus associados, no caso de ter firmado convenção coletiva de consumo com o plano de saúde, o interesse é coletivo *stricto sensu*; finalmente, se a pretensão do legitimado for a proibição futura de inclusão na cláusula de reajuste taxada de abusiva, o interesse será difuso.”<sup>17</sup>

O fato de não inserir o legislador, já na Lei nº 7.347/85, o interesse individual homogêneo, deu oportunidade a que parte da doutrina e expressiva parcela da jurisprudência viessem a negar legitimidade àquelas entidades arroladas na lei como co-legitimadas para a defesa de interesses difusos e coletivos, analisando esta circunstância como condição da ação, por entenderem que o pedido de tutela judicial recaia sobre direito individual. Isto determinou, como é comum no âmbito do direito, que mesmo após o advento do Código do Consumidor, em casos típicos de defesa da relação de consumo, a doutrina e a jurisprudência continuassem a desconsiderar tal dispositivo legal.

Rogério Lauria Tucci afirma a ilegitimidade ativa do Ministério Público para propor ação visando defender interesses “de alunos e/ou seus genitores ou responsáveis, no tocante à majoração de preços de serviços prestados por estabelecimento de ensino”, tecendo elogiosos comentários a uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que entendeu não poder “o *parquet* exercer o *munus* concedido pela lei ao advogado, se não usurpando sua atividade profissional”.<sup>18</sup>

Sobre o mesmo tema, parte da jurisprudência, mesmo após o advento do Código do Consumidor, frise-se, tem declarado a ilegitimidade de qualquer daquelas

---

<sup>17</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. *op. cit.*, p. 100.

<sup>18</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *op. cit.*, p. 51-52.

instituições arroladas pela lei que regula a ação civil pública para a defesa de interesses da relação de consumo decorrentes da prestação de serviços pelos estabelecimentos de ensino. A título de exemplo, são trazidas as seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça:

**“PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUMENTO DE MENSALIDADE ESCOLAR. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.**

O Ministério Público não tem legitimidade para promover ação civil pública para impedir a prática de aumento de mensalidade escolar, pois não se trata de defender direito difuso nem interesses ou direitos coletivos.

Recurso Provido.”<sup>19</sup>

**“AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE.**

O Ministério Público só tem legitimidade para promover ação pública civil na defesa de interesses difusos ou coletivos, sendo-lhes vedado valer-se desse instrumento para porfiar na defesa de direitos individuais afetos a determinado grupo.

As atribuições do Ministério Público são as previstas na Constituição ou na lei, sendo defeso ao Estado, conferir-lhe outras (atribuições) através de convênio.”<sup>20</sup>

Ora, como no exemplo apresentado por Antônio Herman Benjamin, também no contexto de uma relação jurídica decorrente do contrato de prestação de serviço de ensino pode identificar-se todos os níveis de interesses: a relação contratual entre o tomador e o prestador do serviço gera um interesse de ordem individual, protegível pela via do Processo Civil; a relação de todos os consumidores desse serviço, lesados pela causa comum do aumento abusivo da mensalidade, configura um interesse individual homogêneo; do ponto de vista da associação de pais o interesse é coletivo; por fim, se o pedido for no sentido de obstar qualquer reajuste abusivo futuro, o interesse será difuso. Para a defesa destes três últimos interesses, de ordem coletiva em

<sup>19</sup> Decisão proferida pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 35644, de Minas Gerais, em 11-05-94. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha Publicado no Diário de Justiça de 06/06/94, p. 14254.

<sup>20</sup> Decisão proferida pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, nº Recurso Especial nº 46.130, do Paraná. Relator Ministro Garcia Vieira. Publicado no Diário de Justiça de 20-06-94, p. 16.062.

sentido lato, são legitimados todos os entes arrolados no artigo 5º da Lei nº 7.347/85 e, em especial, no artigo 82 da Lei nº 8.078/90.

Em casos como o antes exemplificado, é impossível concluir-se pela ilegitimidade do autor do pedido, quando este está expressamente contemplado na lei como legitimado. O que pode ocorrer é que o pleito judicial não recaia sobre um interesse difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo. Esta circunstância, no entanto, é matéria que diz respeito ao mérito e não é, com certeza, condição da ação, pelo que não pode ser causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, como tem ocorrido com certa frequência na prática judiciária.

Enfatizando: a análise da Ação Civil Pública, desde uma ótica do Processo Civil, aliada às circunstâncias da limitação imposta pelo veto presidencial à ampla proteção dos interesses difusos e coletivos e a falta de previsão para a defesa dos interesses individuais homogêneos já no nascedouro da ação de defesa dos interesses coletivos em sentido amplo, determinaram uma limitação indesejada e indesejável na aplicação deste instrumento de defesa da cidadania. Estas duas últimas situações foram a bom tempo corrigidas pelo legislador. Para a mudança de enfoque na análise deste importante instituto jurídico pretende contribuir o presente trabalho.

### **3. Objeto da ação: indisponibilidade**

Ao tratar do objeto da ação, os doutrinadores, quer na esfera do Processo Civil,<sup>21</sup> quer na da Ação Civil Pública,<sup>22</sup> estabelecem a diferença entre o objeto

---

<sup>21</sup> v. MARQUES, José Frederico. op. cit., p. 179; e, SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 165-166.

<sup>22</sup> v. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. op. cit., p. 26-27.

imediatos e o objeto mediato da ação. O primeiro reside na natureza da prestação jurisdicional pleiteada e que vai determinar a espécie de tutela a ser prestada, ou seja, condenação, declaração, constituição, execução, ou mandamento. O segundo objeto diz respeito ao direito ou interesse que se pretende tutelar através da ação proposta. É este último objeto que interessa para a análise que se fará a seguir.

A identificação da Ação Civil Pública e dos interesses por ela tutelados, com a sistemática das normas que regulam a esfera das relações interindividuais, tem determinado uma divergência sobre a possibilidade de os legitimados desistirem da ação proposta ou transacionarem sob o objeto dessa mesma ação.

Os doutrinadores, em sua grande maioria, têm afirmado a impossibilidade de qualquer ato de disponibilidade no curso de ação de natureza coletiva em sentido lato.

Hely Lopes Meirelles é taxativo ao fazer a seguinte afirmação:

“Ajuizada a ação, dela não pode desistir o Ministério Público por ser indisponível o seu objeto, mas, a final, diante das provas produzidas, poderá opinar pela sua procedência ou improcedência, como o faz nas ações populares, cabendo ao Juiz acolher ou não a sua manifestação.”<sup>23</sup>

Não é diferente a doutrina de Augusto Melo de Camargo Ferraz, Nelson Nery Júnior e Édis Milaré, quando dizem:

“Da obrigatoriedade de propor a ação civil pública decorre, naturalmente, a indisponibilidade desta mesma ação. A indisponibilidade atinge o direito material discutido em juízo, bem como o *direito de ação*.”

A legitimação para agir conferida ao Ministério Público nos casos de ação civil atende sempre o *interesse público*. Este interesse é indisponível, dado que o direito substancial derivado do interesse público é indisponível. Isto vale ainda que se trate de direito meramente patrimonial, pois, legitimando o Ministério Público para vir a juízo agir na defesa desse interesse, ele se transforma de privado em público. Logo o Ministério Público não poderá praticar atos que importem disposição do direito material como, v.g., a renúncia ao direito, a confissão, a transação e o reconhecimento jurídico do pedido, no caso de estar no pólo passivo, como parte, na relação processual.

---

<sup>23</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 123.

Quanto aos aspectos processuais, ocorre um fenômeno idêntico. Pode deixar de propor a ação, conforme já vimos no item anterior, se entender que a lei não foi violada ou, por outra, se entender inconveniente ou inoportuna a propositura da ação; mas, desde que proposta ação, *não poderá dela desistir*, tendo em vista a incidência do *princípio da indisponibilidade* da ação civil pública.

Este princípio, do qual decorre o da indesistibilidade da ação civil pública, não se encontra claramente contido em norma expressa de lei. O único dispositivo que contém uma alusão ao princípio é o art. 169, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que trata da ação direta de inconstitucionalidade: “Proposta a representação, não se admitirá desistência, ainda que afinal o Procurador-Geral se manifeste pela sua improcedência.

Contudo nós o extraímos do sistema processual vigente. No processo penal existe vedação expressa à desistência da ação pelo Ministério Público (art. 42), bem como a proibição à desistência de recurso por ele interposto (art. 576). São aplicáveis estas normas penais à ação civil pública, dada a identidade de natureza entre ela e a ação penal pública e, ainda, pelo fato de o Código de Processo Civil ser omissivo quanto ao ponto aqui analisado. Lei processual que é, o Código de Processo Penal se aplica subsidiariamente ao processo civil e vice-versa.”<sup>24</sup>

Evidente a utilização de conceitos de Processo Civil para explicar fenômenos jurídicos que ocorrem na esfera da Ação Civil Pública, chegando os doutrinadores até, em determinado momento, a buscar apoio no Processo Penal para tentar conciliar estes dois inconciliáveis mundos instrumentais.

Ocorre, no entanto, que mesmo aqueles que têm adotado posição antagônica, opinando pela possibilidade da desistência ou da transação, o fazem com base em justificativas buscadas nas mesmas fontes.

Entre os doutrinadores que entendem ser possível a transação no curso da Ação Civil Pública, encontra-se Rodolfo de Camargo Mancuso:

“Portanto, para os que, como nós, reconhecem que nas ações à finalidade “coletiva” o autor não age como substituto processual, e sim como titular de direito próprio (= direito de cada um à probidade administrativa e à boa gestão do bem comum), a transação na ação civil pública não é de ser afastada ao argumento de que o interesse tutelado despassa a figura do autor: será ela possível quando, ao ver do autor (e com a anuência do MP quando este não seja autor), a proposta de acordo se afigure mais consentânea com a tutela do interesse difuso, do que o seria a continuidade do

<sup>24</sup> FERRAZ, Augusto Melo de Camargo; et al., op. cit., p. 43-44.

processo. Aliás, o próprio legislador parece reconhecer que, eventualmente, o *acordo* pode ser a melhor solução, como previsto na Lei 7.661, 16.5.88, que fixa ‘a multa de 100.000 OTN, sem prejuízo de outras sanções’, para o agente degradador dos ‘ecossistemas, do patrimônio e dos recursos naturais da Zona Costeira’; mas o parágrafo único prevê que deverão ser comunicados pelo MP ao CONAMA ‘as sentenças condenatórias e o *acordos judiciais*’.”<sup>25</sup>

Continuando na fundamentação, o Professor paulista enfrenta a questão relativa à indisponibilidade do objeto da ação civil pública com os seguintes argumentos:

“Quanto ao segundo aspecto - a indisponibilidade do objeto - é certo que tanto o Código Civil (art. 1.035), como no de Processo Civil (art. 447), a transação só é admitida em se tratando de direitos patrimoniais de caráter privado. Visto que o objeto da ação civil pública é eminentemente de ordem pública (já não fosse a intervenção necessária do MP a evidenciar essa natureza), pergunta-se: ficariam, sob esse prisma, vedados os negócios jurídicos processuais, notadamente a transação, que é a forma de extinção do processo com julgamento do mérito (CPC, art. 269, III)?

Cremos que a resposta é negativa. Embora a transação implique naturalmente em concessões recíprocas (CC art. 1025), é de se presumir que a concessão que haja de ser feita pelo autor em face do(s) réu(s) haverá de ser compatível com o salutar propósito de que o interesse difuso venha afinal resguardado (como seria se a ação prosseguisse e restasse reconhecida sua procedência); em segundo lugar, a transação na ação civil pública não possibilita uma larga margem de alternativas, já pela natureza mesma do interesse objetivado; v.g., poderá o autor concordar com um prazo mais elástico para que o réu adote as providências cabíveis; poderá aceder em que a obrigação seja cumprida de outro modo, que não indicado na petição inicial, desde que a alternativa alvitrada pelo réu se afigure idônea; de resto, insta lembrar que mesmo nos casos em que o direito questionado é indisponível (ex.: alimentos), podem as partes transacionar acerca de sua expressão pecuniária.”<sup>26</sup>

Hugo Nigro Mazzilli, estabelecendo uma diferença entre a desistência e a transação, dentro da moldura da “disponibilidade dos interesses em litígio”, entendendo que a primeira recai sobre o conteúdo processual e a segunda sobre o próprio direito material controvertido, concorda com a possibilidade da ocorrência de qualquer dessas figuras jurídicas no curso da ação. É importante, contudo, observar os argumentos usados para sustentar este entendimento.

<sup>25</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. op. cit., p. 148.

<sup>26</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. op. cit., p. 148-149.



Sobre a desistência, diz o autor:

“O substituto processual tem, por natureza disponibilidade do conteúdo processual. Abandonada qualquer analogia imprópria com o processo penal, tudo o que a lei processual civil não proibiu ao legitimado de ofício, dentro da dita disponibilidade de faculdades processuais, tudo lhe é permitido, por força do art. 81 do CPC, cujas exceções constam de texto expresso (v.g., art. 19, § 2º; 27; 138, I; 188; 236, § 2º e 511 do CPC).”<sup>27</sup>

Quando trata da transação, Mazzilli sustenta:

“Problema ainda ligado com a disponibilidade dos interesses em litígio é o da transação. A transação, ao contrário da desistência, não envolve apenas a disposição do conteúdo processual, mas sim do próprio direito material controvertido. Pela própria linha de argumentação até aqui desenvolvida, bem se vê que, tecnicamente, não poderá transigir nenhum dos legitimados de ofício do art. 5º da Lei 7.347/85, já que não tem ele a disponibilidade material dos interesses difusos que estão em jogo (dos quais não é o titular, pois se trata de interesses transindividuais). A transação excede os poderes do substituto processual, porque envolve ato de disposição do próprio interesse material em litígio.

Mas, como a prática e a técnica nem sempre andam juntas, não será de surpreender que em concreto se inadmita, por exemplo, que o Ministério Público desista da ação (caso em que estaria dispondo apenas do *conteúdo* processual da lide, sem prejuízo para o interesse material tutelado, pois outros legitimados poderiam prosseguir na ação ou propor nova ação), e que, contraditoriamente, se admita que o mesmo Ministério Público autor celebre transação com a parte contrária da ação civil pública, como homologação judicial (caso em que estaria havendo disposição do *conteúdo material* da lide, o que nenhum dos substitutos processuais pode fazer)...

Entretanto, se por razões práticas se pode propender em sentido diverso dos princípios teóricos, não se pode olvidar que na ação civil pública, às vezes, será mesmo de aceitar a transação: a jurisprudência, desde que acordes os interessados, de modo mais liberal, poderá inclinar-se favoravelmente à homologação da transação, na qual se pode conseguir praticamente tudo o que é objeto do pedido, sob forma de autocomposição da lide.”<sup>28</sup>

O que se verifica das lições acima analisadas é que embora a divergência entre os autores sobre a possibilidade ou não de qualquer dos legitimados desistir da ação proposta ou de “transacionar” no seu curso, quando se trata de Ação Civil Pública, os fundamentos justificadores envolvem sempre argumentos aplicáveis ao tradicional

<sup>27</sup> MAZZILLI, Hugo Nigri. A defesa dos interesses difusos em juízo : meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 70.

<sup>28</sup> MAZZILLI, Hugo Nigri. op. cit., p. 72.

direito regulador das relações intersubjetivas. Assim, vigoram, ainda, entendimentos no sentido de que o objeto da ação, nas ações de natureza coletiva, é indisponível, porque o legitimado age como substituto processual, postulando em nome próprio direito de outrem; de outro lado, ainda que superada a questão relativa à natureza da legitimação (com argumentos também da ordem do direito individualista), o óbice estaria no disposto nos artigos 1.025 e 1.035 do Código Civil e artigo 447 do Código de Processo Civil, que estabelecem que a transação envolve concessões mútuas e somente pode recair sobre direitos patrimoniais de caráter privado; por fim, quando admitida a desistência ou a transação, as justificativas são fulcradas em situações de ordem fática, com a incorporação de argumentos da sistemática do direito de caráter individualista.

Ora, a questão envolvendo a legitimação já foi suficientemente debatida no item anterior do presente capítulo. No que se refere à titularidade do direito postulado em juízo, o Capítulo anterior foi destinado a demonstrar que o direito de ação não pode identificar-se com ele e que os interesses tutelados na ação civil pública são de natureza diversa dos direitos individuais, já que se manifestam sempre como uma realidade coletiva *lato sensu*.

Ainda é de se observar que, ao lado de todos os motivos já salientados, muitas vezes determinados interesses de ordem coletiva encontram-se em oposição com outros da mesma classe. Assim, o interesse na cessação das atividades de uma determinada empresa que desenvolva atividade lesiva a um interesse difuso por agressão ao meio ambiente, pode implicar lesão a interesse coletivo de seus

empregados ou mesmo interesse difuso relativo à economia de um Município, de uma região ou de um Estado.

Esta circunstância foi objeto de preocupação de Josiane Petry Veronese, que assim leciona:

“A característica do embate de pretensões opostas, marcante nesses interesses [difusos], exige opções de caráter político, o que resulta na possibilidade de escolha de uma determinada postura entre uma série de posicionamentos diferentes. Dependendo do caso, o desfecho nem sempre é pacífico.

.....  
Daí o porquê dessa conflituosidade, gerada por interesses antagônicos em questões que envolvam interesses difusos, os quais estão disseminados em áreas de dimensões sociais, como é o caso dos direitos humanos.

Diante de tais circunstâncias antagônicas, é evidente o aspecto político que envolve as questões relativas aos interesses difusos, os quais retratam em sua maioria a insuficiência dos procedimentos normais dos sistemas sócio-jurídicos...”<sup>29</sup>

As esferas de interesses em contraposição podem, e até devem, ser tuteladas por iniciativa de um, de alguns ou de todos os co-legitimados. Como resolver essa contradição?

Simples, se uma ação é mal posta e, por isso mesmo, ela não atender da melhor forma o interesse coletivo que se busca tutelar ou se as circunstâncias indicarem que ela tem a possibilidade de ferir um outro interesse coletivo preponderante, é evidente que o autor pode desistir da ação. Mas também é verdade que mesmo quando a ação proposta esteja em contraposição com interesse de ordem individual, e a desistência se justifique porque, por qualquer motivo, ela seja a melhor forma de atender o interesse para a qual se destinaria a tutela invocada, a lógica leva a que se tome este caminho. Pode-se dizer até que se o motivo da desistência envolve a preponderância de interesse de ordem coletiva, também não é necessária a concordância da parte contrária, como

---

<sup>29</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. op. cit., p. 80-81.

ocorre no Processo Civil. Cabe ao Juiz, no caso de homologação da desistência, analisar a relevância do motivo da mesm. A não-homologação, por óbvio, implica a continuação dos demais termos da ação.

Cumpre observar que, por força de disposição expressa no artigo 5º, § 3º, da Lei nº 7.347/85, quando houver desistência da ação proposta por associação legitimada, o Ministério Público ou qualquer dos outros legitimados assumirá o pólo ativo da relação processual. Este é o único óbice legal à desistência da ação.

E com relação à transação? É de afirma-se categoricamente que ela é possível.

Necessário se faz observar, no entanto, que, ao utilizar-se o termo “transação” não se está, por total inadequação, dando a ele a acepção que tem nos dispositivos legais aplicáveis ao Direito Civil e ao Direito Processual Civil. A Ação Civil Pública é uma área jurídica com especificidade própria, cuja finalidade precípua é a de reconhecer e proteger interesses de ordem coletiva e não individual. Sabidamente, os exemplos são muitos, um mesmo vocábulo pode designar coisas diferentes em diversas áreas do direito. Assim, palavra ação no Direito Penal sabidamente denota conduta do agente, enquanto que o mesmo termo, em sede de Direito Processual (civil ou penal) ou na Ação Civil Pública, representa o direito de exigir do Estado-Juiz a prestação jurisdicional.

Parece, contudo, que o legislador nominou mais de acordo com a realidade o conteúdo daquilo que os doutrinadores têm denominado de transação na Ação Civil Pública, chamando-o de “ajustamento de condutas”. Este é o termo utilizado no § 6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/85 (acrescentado pelo artigo 113 da Lei nº 8.078/90).

Aliás, todos os exemplos trazidos na doutrina, quando trata deste tema, são mesmo de compatibilização de condutas com vistas a preservar interesses coletivos.<sup>30</sup> Nada impede que o que se tem chamado atualmente de “transação” possa ser denominado de ajustamento de condutas ou que aquele termo seja entendido como denotando esta realidade. Aliás, em arremate, é preciso lembrar àqueles que ainda posicionam-se contra a “transação/ajustamento de condutas”, no curso da ação, o contra-senso que representa ter a lei autorizado expressamente que essa mesma realidade fenomênica ocorra fora do âmbito do Poder Judiciário, bastando a tomada de compromisso pela instituição legitimada para a ação, e que não possa ela, contudo, ocorrer com todas as garantias que representa a composição do litígio sob o manto e sob a fiscalização deste Poder.

O que é preciso é se dar conta de que as dificuldades de justificar a superação de determinados óbices e de uma melhor operacionalização do instrumento processual para defesa dos interesse difusos, coletivos e individuais homogêneos, residem no fato de que se está diante de um fenômeno jurídico diverso do Direito Processual Civil e de que a mera tentativa de superação dos esquemas jurídicos aplicáveis a esta área fenomenológica não é adequada para atender às necessidades operacionais desta esfera jurídica.

---

<sup>30</sup> V. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. op. cit., p. 147.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao encerrar o presente estudo, fica a sensação de que não se chegou ao fim, mas sim ao ponto inicial de uma nova atividade. À medida em que a pesquisa evoluiu, esta impressão foi se tornando mais forte, posto que a cada conclusão abria-se uma série incontável de novas indagações; o que não surpreende, mas ajuda a reforçar a idéia de que uma obra desta natureza jamais se conclui. Simplesmente é preciso decretar arbitrariamente o seu fim. Assim, as considerações a serem feitas, neste momento, são, por óbvio, provisórias.

Constata-se, inicialmente, que o Estado contemporâneo difere, e muito, do Estado moderno. Este tinha um perfil marcadamente individualista, enquanto aquele se origina na caminhada histórica da Sociedade e deve se constituir num instrumento a serviço deste, para a busca do bem comum. Por isto, seu conteúdo é eminentemente social e, pois, coletivo. Em consequência, a cidadania também assume o contorno de coletividade e seu exercício se dá, preponderantemente, na moldura desta característica.

A mudança da configuração do Estado gerou, em seu interior e no âmago da Sociedade, conflitos de outra natureza. Assim, os esquemas conceituais e operacionais

do Direito passaram a não responder às necessidades decorrentes desses novos interesses.

De outro lado, o direito de ação, que surge e se desenvolve no contexto do Estado moderno - individualista -, aqui também como forma de exercício da cidadania (de cunho igualmente individualista), para proteger interesses e direitos<sup>1</sup> individuais, chega ao máximo de sua expressão quando definida como um direito **subjetivo público**.

Logo, o instrumental jurídico-processual tradicional se mostrou totalmente inadequado para atender às expectativas sociais e às resoluções da conflituosidade então emergente.

Nesta tessitura social surgiram novas ferramentas jurídicas, com a finalidade precípua de atender à demanda exigida pela Sociedade e, por consequência, pelo próprio Estado.

Esses novos institutos, no entanto, originaram-se e tomaram corpo a partir do pensamento dos processualistas ligados ao Processo Civil. Também, a legislação que inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a Ação Civil Pública, não trouxe, no primeiro momento, qualquer disposição de ordem processual ou procedimental, o que somente veio a ocorrer quase cinco anos mais tarde, determinando que os operadores do Direito viessem a tomar emprestado do Processo Civil todos os elementos necessários para fazer operar, na prática forense, aquele moderno meio processual.

---

<sup>1</sup> Aqui as expressões *interesses* e *direitos* são usadas na acepção tradicional, uma vez que a passagem, no trabalho, se refere a institutos do Direito de feição interindividual.

Todas estas circunstâncias fizeram com que a ciência e a técnica processuais da Ação Civil Pública fossem confundidas com aquelas que informam o Processo Civil. Então, o direito de ação que embasa a primeira, passou a ser visto e explicado pela ótica do direito de ação que fundamenta o segundo. O mais complicado é que a concepção da ação de Processo Civil, no entendimento dominante na doutrina brasileira e por disposição expressa na Lei, traz em seu bojo resquício da Teoria do Direito Concreto de Agir. Isto faz com que, por força das denominadas “condições da ação”, a postulação em juízo necessite de um correspondente direito material, próprio daquele que exercita o direito de ação.

Forçoso concluir, que os esquemas conceituais vigentes são totalmente inadequados para a AÇÃO CIVIL PÚBLICA e que, por isso, é preciso (re)pensar uma teoria geral própria para esta **ferramenta processual**, para que se encontre uma aplicabilidade mais efetiva e, com isso, ela atinja o seu desiderato: instrumentalizar parte das “demandas por construções coletivas da cidadania”.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> v., ANDRADE, Vera Regina Pereira de. op. cit., p. 129.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### DOCTRINA:

ALBERTON, José Galvani. O Ministério Público e a Reparação de Danos ao Erário: experiências e entraves. Palestra proferida em painel do “Seminário Nacional sobre os Dez Anos da Lei da Ação Civil Pública”, realizado na cidade de Blumenau (SC), em 29.10.95, a ser publicada nos anais daquele encontro.

ALVIM, Arruda; *et al.* Código do Consumidor Comentado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, 577 p.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Cidadania : dos direitos aos Direito Humanos. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, 143 p.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito : Introdução e teoria geral : uma perspectiva Luso-Brasileira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, 540 p.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, 408 p.

BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. in, MILARÉ, Edis (coord.) *et al.* Ação Civil Pública : Lei 7.347/85 : reminiscência e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 70-151.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1991, 179 p.

BOBBIO, Norberto; *et al.* Dicionário de Política. Tradução de Carmem C. Varrialle... *et al.*. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, p. 401.

- BODIN, Jean. Los Seis Libros de La Republica. Tradução de Pedro Bravo. Madrid: Aguilar, 1973, 236 p.
- BÜLOW, Oskar Von. La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales. Tradução para o Espanhol de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1964, 313 p.
- BUZAID, Alfredo. Grandes Processualistas. São Paulo: Saraiva, 1982., 158 p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, 1.210 p.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988, 168 p.
- CARNELUTTI, Francesco. Estudios de Derecho Procesal. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Volume I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1952, 673 p.
- \_\_\_\_\_. Estudios de Derecho Procesal. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Volume II. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1952, 604 p.
- CHANTEBOUT, Bernard. Do Estado - uma tentativa de desmitificação do universo político. Tradução de José Antonio Faria Corrêa. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, 140 p.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Tradução de J. Guimarães Menegale. Volume I. São Paulo: Livraria Acadêmica-Editora Saraiva, 1942, 591 p.
- COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito. Curitiba: Livros HDV, 1987, 419 p.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Introdução ao Estudo do Direito. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, 322 p.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1990, 341 p.
- ENGELS, Friedrich. A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. Tradução de João Pedro Gomes. Lisboa-Moscou: Edições "Avante" - Edições Progresso, 1986, 218 p.

- FERRAZ, Antônio Augusto de Camargo, *et al.*. A Ação Civil Pública e a tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, 218 p.
- GARAUDY, Roger. Para Conhecer o Pensamento de Hegel. Tradução de Suely Bastos. Porto Alegre: L&PM Editores, 1983, 208 p.
- GOMES, Fábio Luiz. Da Ação. in, SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, *et al.* Teoria Geral do Processo Civil. Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora, 1983, p. 89-128.
- GRAMSCI, Antonio. Maquiavel, a Política e o Estado Moderno. Tradução de Luiz Mário Gazzaneo. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1991, 444 p.
- GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 1 volume. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, 266 p.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. in, A Tutela dos Interesses Difusos. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984, p. 29-45
- GRUPPI, Luciano. Tudo Começou com Maquiavel - As concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci. Tradução de Dario Canali. 11 ed. Porto Alegre: L&PM Editores, 1986, 93 p.
- HEGEL. Princípios da Filosofia do Direito. Tradução de Orlando Vitorino. 3 ed. Lisboa: Guimarães Editores, 1986, 292 p.
- HELLER, Hermann. Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, 374p.
- HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Niza da Silva. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, 419 p.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 4 ed. Coimbra: Armênio Amado - Editor, 1979, 484 p.
- LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. VIII volume. Tomo I. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, 470 p.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos Sobre o Processo Civil Brasileiro. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, 227 p.
- \_\_\_\_\_. Manual de Direito Processual Civil. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. volume I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, 319 p.

- \_\_\_\_\_. Problemi de Processo Civile. Napoli: Morano Editore, s.d., 521 p.
- LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. Tradução: E. Jacy Monteiro. 5 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, 313 p.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, 288 p.
- \_\_\_\_\_. Interesses Difusos : conceito e legitimação para agir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, 208 p.
- MAQUIAVEL, Niccolò. Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio. Tradução de Sérgio Bath. 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, 436 p.
- \_\_\_\_\_. O Príncipe. Tradução de Antonio D'Elia. São Paulo. Editora Cultrix, 1976, 165 p.
- MARITAIN, Jacques. O Homem e o Estado. Tradução de Alceu de Amoroso Lima. 3 ed. Rio de Janeiro: Agir Editora, 1959, 251 p.
- MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. 1º volume. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1983, 396 p.
- MARX, Karl. Crítica ao Programa de Gotha. in, Textos. Volume I. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1977, p. 239.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Manifesto do Partido Comunista. In, LASKI, Haroldo J. O Manifesto Comunista de Marx e Engels. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978, 147p.
- MAZZILLI, Hugo Nigri. A defesa dos interesses difusos em juízo : meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, 152 p.
- MILARÉ Édis (Coord.) et al. Ação Civil Pública : Lei 7.347/85 : reminiscências e reflexões após dez anos de sua aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, 511 p.
- MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Volume 1. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, 363 p.

- MORAIS, José Luis Bolzan de. Do Direito Social aos Interesses Transindividuais. Tese apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito. 1995, 369 p.
- MOSCA, Gaetano. História da Doutrinas Políticas Desde a Antiguidade. Completada por Gaston Bouthoul. Tradução de Marco Aurélio de Moura Matos. 4 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, 416 p.
- MUTHER, Theodor. Sobre La Doctrina de La Actio Romana, Del Derecho de Accionar Actual, da la Litiscontestatio y de la Sucession Singular en las Obligaciones. In, Polêmica Sobre la "Actio", Bernhard Windscheid y Theodor Muther. Tradução para o Espanhol de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p. 195-87.
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, 2.003 p.
- OLIVEIRA FILHO, Francisco. Considerações sobre a Ação Civil Pública. in, Jurisprudência Catarinense, nº 72, ano XXI - 1./2. trim., 1993, p. 19-25.
- OLIVEIRA, Waldemar Mariz de. A tutela jurisdicional dos interesses coletivos. in, A Tutela dos Interesses Difusos. Ada Pellegrini Grinover, coordenadora. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984, p. 9-28.
- PACHECO, José da Silva. O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, 472 p. .
- PASOLD, Cesar Luiz. Função Social do Estado Contemporâneo. 2 ed. Florianópolis: Editora Estudantil, 1988, 102 p.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. Em torno das condições da ação - A possibilidade jurídica do pedido. Revista de Direito Processual Civil, nº 4, 1964, p. 31-32.
- POULANTZAS, Nicos. O Estado, o Poder, o Socialismo. Tradução de Rita Lima. 2 ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985, 307 p.
- PRADE, Péricles. Conceito de Interesses Difusos. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, 80 p.
- RANGEL, Jesus Antonio De La Torre. Conflictos y uso del derecho : caso aguascalientes, 1977-1988. Mexico: Editorial JUS, 1988, 86 p.

- ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Tradução para espanhol de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Volume I, parte geral. Bogotá/Buenos Aires: Editorial Temis/Editorial Depalma, 1969, 411 p.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da Desigualdade entre os homens Tradução de Lourdes Santos Machado. 5 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 226-320.
- \_\_\_\_\_. O Contrato Social - (ou Princípios de Direito Político). Tradução de Lourdes Santos Machado. 5 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 21-145.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Pela mão de Alice - O social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez Editora, 1995, 348 p.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 1 volume. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1980, 384 p.
- SAVIGNY, M. F. C. de. Sistema del Derecho Romano Actual. Tradução para o espanhol de Jacinto Mesía e Manuel Poley. Tomo 4. 2 ed. Madrid: Centro Editoria de Góngora, s.d., 394 p.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, 768 p.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. Revista AJURIS, nº 29, Ano X - novembro, 1983, p. 99-126.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 1º volume. 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1986, 583 p.
- TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público. Ajuris, nº 56, Ano XIX, novembro 1992, p. 35-55.
- VERONESE, Josiane Rose Petry. Acesso à Justiça : A defesa dos interesses difusos da criança e do adolescente - ficção ou realidade?. Tese apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do Título de Doutor em Direito. 1994, 342 p.
- VIEIRA, Roberto Átila Amaral. Introdução ao Estudo do Estado e do direito. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986, 658 p.
- WACH, Adolf. Manual de Derecho Procesal Civil. Tradução para espanhol de Tomás A. Banzhaf. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1977, 585 p.

WALD, Arnoldo. Usos e abusos da ação civil pública (Análise de sua patologia). Ajuris, nº 61, ano XXI, julho 1994, p. 73-98.

WATANABE, Kazuo. Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: A Legitimação Para Agir. in, A tutela dos Interesses Difusos. Ada Pellegrini Grinover (Coord.) *et al.* São Paulo: Editora Max Limonad, 1984, p. 85-97.

WINDSCHEID, Bernhard. La "Actio" del Derecho Romano, Desde el Punto de Vista del Derecho Actual. In, Polêmica Sobre la "Actio", Bernahard Windscheid y Theodor Muther. Tradução para o Espanhol de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p.2-196.

\_\_\_\_\_. La Actio. Replica al Dr. Theodor Muther. In, Polêmica Sobre la "Actio", Bernahard Windscheid y Theodor Muther. Tradução para o Espanhol de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p. 293-355.

WOLKMER, Antonio Carlos. Ideologia, Estado e Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, 176 p.

\_\_\_\_\_. Sobre a Teoria das necessidades: A Condição dos "Novos" Direitos. Alter Ágora, nº 1, maio, 1994, p. 42-47.

ZAVASCKI, Teori Albino. Ministério Público e Ação Civil Pública. Revista de Informação Legislativa, nº 114, ano 29 - Abr./Jun., 1992, p.156.

## LEGISLAÇÃO:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. 1988.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan., 1973.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 2 set., 1981.

BRASIL. Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. Diário Oficial da União, Brasília, 15 dez., 1981.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e

direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico [...] e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25 jul., 1985.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, Diário Oficial da União, Brasília, 12 set., 1990.

### **JURISPRUDÊNCIA:**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 34.980-5, de São Paulo. Relator: Ministro Peçanha Martins. 15.06.94. Publicado na Revista do Superior Tribunal de Justiça, nº 65, p. 352.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 35644, de Minas Gerais. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. 11-05-94. Publicado no Diário de Justiça de 06/06/94, p. 14254.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 46.130, do Paraná. Relator Ministro Garcia Vieira. Publicado no Diário de Justiça de 20-06-94, p. 16.062

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação nº 10.061/0. Relator Desembargador José Loyola. 14/10/93. Publicado na Revista dos Tribunais, nº 716, p. 253.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 43.009. Relator Desembargador Napoleão Amarante. 28.6.95, Publicado no Diário da Justiça nº 9.309, de 30.8.95, p. 6.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 107.133-1, Relator Desembargador Silveira Neto. 29.12.88. Publicado na Revista Justitia, nº 146, ano 51 - Abr./Jun. 1989, p. 123-127.



## **ANEXO**

**LEI N. 7.347, DE 24 DE JULHO DE 1985**

**Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.**

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

**Art. 1º** Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V - por infração da ordem econômica.

**Art. 2º** As ações previstas nesta lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

**Art. 3º** A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

**Art. 4º** Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO).

**Art. 5º** A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que:

I - esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil;

II - inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação pela associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

§ 4º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 5º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

**Art. 6º** Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.

**Art. 7º** Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

**Art. 8º** Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

§ 2º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los.

**Art. 9º** Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o

arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.

§ 2º Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§ 3º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu regimento.

§ 4º Deixando o Conselho Superior do Ministério Público de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

**Art. 10** Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) e 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

**Art. 11** Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

**Art. 12** Poderá o juiz conceder mandado liminar, com o sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito pública interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual cabe agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

§ 2º A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que houver configurado o descumprimento.

**Art. 13** Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Parágrafo único. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

**Art. 14** O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte.

**Art. 15** Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.

**Art. 16** A sentença civil fará coisa julgada “erga omnes”, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

**Art. 17** Em caso de litigância de má-fé a danos.<sup>1</sup>  
Parágrafo único.<sup>2</sup>

**Art. 18** Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

**Art. 19** Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

**Art. 20** O fundo de que trata o art. 13 desta lei será regulamentado pelo Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias.

**Art. 21** Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Tít. III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

**Art. 22** Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

**Art. 23** Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, em 24 de junho de 1985; 164º da Independência e 97º da República.

---

<sup>1</sup> A redação saiu truncada, mas, certamente, deve ser a mesma presente no artigo 115, do Código de Defesa do Consumidor: “Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade pelas perdas e danos.”

<sup>2</sup> Suprimido pelo art. 155 do Código de Defesa do Consumidor.